IUS IUSTINIANEUM, HOC EST, NOUELLARUM IMP. IUSTINIANI AUG. EXPOSITIO...

Konrad Rittershausen, Iustinianus Augustus imperatore d'Oriente, ...

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
4 B
14

H

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

27.22.0.18.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

IVS IVSTINIANEVM,

Hoc est,

NOVELLA-

RVM IMP. IVSTI-

NIANI AVG.

Expositio Methodica,

Auctore

CVNRADO RITTERSHVSIO p. m. IC. excellentissimo: Antecessore Acad. Norimb. Altorphinæ celeberrimo.

Præmissa sunt inclytarum aliquot Academiarum Germaniæ, Virorumque clarissimorum, elogia de hoc opere egregia & perhonorifica: Accesserunt & singulis capitibus sua summaria, Lectori magnam commoditatem allatura.

ARGENTORATI.

Sumptibus LAZARI ZETZNERI Bibliopolæ.

ANNO M. DC. XV.

Digitized by Google

Digitized by Google

AMPLISS. ET NOBILIS SIMIS VIRIS, SAPIENTIA, VIRTVTE, ET DIGNITATE PRÆSTANTISSIMIS DNN. COSS. ET SENATORIBUS, Inclytæ R.P. Norimbergenſis, Dnn. & Mecænatibus noſtris omni honore & obſervantiâ ſubmiſsè & perpetuò colendis.

QUI conſilium capiunt, Viri Magnifici, Patres conſcripti Ampliſſimi Mecænates omni honore & obſervantiâ æternùm colendi, de lucubrationibus vel ſuis, vel aliorum in publicum edendis, nullâ re magis, quàm communis boni atque utilitatis publicæ reſpectu ad propoſitum hoc impelli debere, in confeſſo eſt. Conſtat enim experientiæ quotidianæ teſtimonio, eos, qui in capiendis rerum agendarum conſiliis privatorum tantùm commodorum ſtudio ducuntur: communis Patriæ, Reique publicæ, quæ omnes omnium charitates complecti debet, vel nullam vel exiguam habere rationem. Quod cum intelligeret, unicum propè humanæ ſententiæ culmen Ariſtoteles, pluribus operis ſui politici locis hanc inculcat ſententiam: *Tum demum ſalvum & incolumem Reip. fore ſtatum, ſi qualibet civitatis pars ad hunc publicæ utilitatis ſcopum & finem adſpiraret, omnesq́; dictorum & factorum ſuorum rationes referret.* Et ſanè, ſi vetuſtatis evolvamus Codices, vix aliam reperiemus cauſam, cur veterum Reſpublicæ non modò rerum geſtarum gloriâ, ſed etiam opibus & potẽtiâ, Imperiiq́ue amplitudine & magnitudine, iis, quas noſtra fert ætas, tàm longè antecelluerint, quàm quòd cives habuerint eo erga patriã animo præditos, ut non modò fortunas, ſed etiam vitam, ſi res poſceret, adeoq́ue ſpes opesq́ue ſuas omnes, pro illius incolumitate, ſalute, & dignitate, in diſcrimen obiicere nihil vererentur. Ex quo animi erga Remp. affectu ac propoſito, factum nonnunquam legimus, ut *Summi viri, & tàm belli virtute, quàm pacis ſapientiâ præſtantiſsimi, in ſummâ rerum inopiâ & paupertate vitam egerint, & quidam illorum, collatitiis, nedicam emendicatis ſumptibus, ut Ammianus Marcellinus loquitur, exequias habuerint*: quidam etiam cùm veſtes attritas interpolandas ac reſarciendas dediſſent, domi interim, dum ab interpolatore eas reciperent ſe continere coacti fuerint: magno profectò, & memorabili exemplo illius, quod à quibusdam ſcriptum legimus, *paupertatem bonæ mentis plerumq́; ſororem: utemq́; probitatem paupertatis cauſam eſſe.*

Ex quo juſtiſſimæ & æquiſſimæ videri debent leges illæ, quarum

Digitized by Google

...is ratio, ad hunc, ut ita loquamur, publicæ utilitatis gnomonem, revocata est. Id quod etiam Paulum Jurisconsultum attendisse comperimus, dum in responso quodam suo *eorum, qui in parentum sunt potestate, matrimonia, sine voluntate illorum jure quidem contrahi non posse*, pronunciavit, *contracta tamen non dissolvi* Cujus sententiæ hanc subjungit rationem, *quòd publicæ utilitatis contemplatio, privatorum commodis præferatur*. Quò eodem Diocletianus & Maximianus Impp. Augg. respexerunt, dum cõstituerunt, *ut in primipili causa mulier, cui possessio dotis titulo obligata erat, fisco postponatur*. Cujus cõstitutionis æquitas eò major videri debet, quòd alias hoc mulieribus ab Imperatore indultum est privilegium. ut *eæ potiora jura contra omnes mariti creditores, licet temporis anterioris privilegio* (ut ipsius utamur verbis) *vallati sint, habeant*.

Quòd si magnis parva componere licet: eundem scopum (quod absque arrogantiâ à nobis dictum accipi velimus) etiam Optimo & desideratissimo parenti nostro, Conrado Rittershusio Jurisconsulto, &c. pro suæ conditionis ratione & modulo propositum fuisse, nihilque illum antiquius habuisse, quàm ut communi, hoc est literariæ Reipub. commodo, non modò cum rei familiaris, sed etiam virium & valetudinis (proh dolor!) detrimento & jacturâ, inserviret: non solùm boni omnes, qui notitiam illius habuerunt, nobis testes sunt, sed complures. etiam, tàm de Jure Civili, quàm aliis de rebus ad liberalem eruditionem pertinentibus, partim ab ipso jam editi, partim à nobis (si cæptis Deus adspiraverit) deinceps quoque edendi commentarii declarant. Quorum in numero (si quod liberorum de Parentis laboribus est, essé debet judicium) locum haud postremum obtinere videtur, præsens Tractatus, quem ipsius iam defuncti vice, publici juris facimus, *Novellarum expositionem* cõtinens; quarum explicationem cum aliquot ab hinc annis egregiorum quorundam adolescentum adductus rogatu, privatos intra parietes instituisset: opusque illud quantum per occupationum, (quibus perpetuò ferè, supra vires, oneratus erat,) cumulum ei licuit, perfeciisset: plurimis è locis viri doctissimi nullum penè per literas illum hortandi, rogandi, atque etiam urgendi finem fecerunt, ut operæ Typographicæ beneficio, ad se quoque, vel potiùs ad omnes, qui in Juris Cæsarei castris militarent, utilissimi laboris fructum emanare pateretur. Quod quamvis ipsemet, si fata tantum vitæ ipsius tempori saddidissent, haud paulò meliùs & cumulatiùs præstiturus fuisset: tamen, cùm Deo aliter visum fuerit, nè tot bonorum & Clarissimorum Virorum desideria, vel diutius detinerentur, vel penitus etiam frustrarentur: nobis

nobis ipſis hanc, ut ita loquamur, lampadem ſumendam, manumque operi huic admovendam, ac, ut Typis illud excuſum publici juris fieret, curandum exiſtimavimus.

Cum autem ad patronum aliquem poſtumo huic, Optimi & CL. Parentis noſtri, fætui, pro more paſſim recepto, quærendum, animos circũferremus, cujus auctoritatis & potentiæ clypeo, adverſus iniqua obtrectatorum judicia, nigrumque ſalem, aliorum laboribus aſpergendi libidinem, ſe tueri poſſet: Veſtrorum, P.C. tàm in nos, quàm in Parentem p. m. noſtrum, beneficiorum nobis occurrit memoria, quorum fructum, cùm per tot jam annos tam largiter, tùm perceperimus, tùm hodieque percipiamus: animum id nobis fecit, ut etiam defenſionis & patrocinii huic fætui veſtro in ſolo nati præſtandum beneficium, de vobis ſperare, nobisque polliceri audeamus. Quòd ſi enim injuriâ à litigantibus affici videtur Judex, ſi alterius Jurisdictioni ſe, ſuæque cauſæ cognitionem ſubiiciat, licet multò plus oneris & moleſtiæ, quàm emolumenti in ſeſe judicandi officium contineat: quantò majori vos, dulciſſimæ patriæ noſtræ præſides, cui poſt DEUM OPT. MAX. omnia vitæ & fortunarum debemus præſidia, affectu ri eſſemus injuriâ, ſi aliũ, præter vos, huic Parentis noſtri labori, patronum ac defenſorem, quærere vellemus? Adcedit, quod cùm aliam, dictis in nos beneficiis veſtris, nullo modo referre poſſimus gratiam; hac ſaltem Paterni commentarii dedicatione, Ampliſſimo & per totum penè terrarum Orbem Clariſſimo nomini veſtro factâ, aliqua grati animi ſignificatio vobis cedenda & exhibenda fuerit.

Suſcipite ergò, Patres Patriæ, ſerenâ fronte in tutelam & clientelam veſtram hunc Paternæ lucubrationis fætum, vobisque perſuadete: Defuncto licet Rittershuſio Veſtro, eruditionem tamen & doctrinam illius, etiam poſt luctuoſum nobis, ex hac mortali vita, illius diſceſſum, ut aliarum rei literariæ partium, ita & jurisprudentiæ ſtudioſis adoleſcentibus nonnihil profuturam.

Feliciter valete, Viri Magnifici, P. C. Ampliſſimi Mœcenates & Patroni benigniſſimi cùm veſtro & veſtrorum omnium, tùm etiam publico & perpetuo florentiſſimæ Urbis ac ditionis veſtræ bono: Nosque, omni propè humanæ opis & auxilii deſtitutos præſidio, favori & benevolentiæ veſtræ, ſi merebimur, commendatos habete. Altorfij, ex Muſæo noſtro, VIII. Idus Maij, Anno 1615.

Nobilitati & Ampliſſ. dignitati veſtræ.

Subiectiſſ.

Georgius, Nicolaus, & Ludovicus, Rittershuſij, Conradi JC. Filij.

Digitized by Google

ELOGIA ALIQVOT GERMANIÆ ACADEMIARUM INCLUTARUM & virorum eruditione clarissimorum, quæ ad commendationem Operis Juris Justinianei à D. Rittershusio adornati faciunt.

V. CL. DN. CUNRADO RITTERSHUSIO JC. Antecessori Acad. Altorph. amico nostro observando, S. P.

LItteras tuas, Vir Consultissime, amice colende, à Collega nostro, Joanne Kirchmanno, nobis exhibitas, magna cum voluptate legimus, ex iisque tuum non sincerum tantùm in nos affectum cognovimus, sed ut voti hactenus tantoperè expetiti compotes facti sumus. Opus enim perfectissimum & optatissimum te in constitutiones Novellas concinnâsse non ex litteris modo tuis & delineatione transmissa intelleximus, sed ex scripti cujusdam exemplaris lectione, nobis hic communicati. felicissimè hunc laborem te perfeciſſe vidimus & perspeximus. Industriam & diligentiam admirati hanc sumus, quâ loca, nullius ante solo trita, feliciter non tantum ipse peragrasti, sed & toti Reipublicæ literariæ, sentibus dumetis, quibus ea quasi septa erant, remotis, aperuisti, atque ita iter ad intima Juris Justinianei sacraria pandisti. Gratias tibi à toto ordine nostro deberi fatemur, & à Gratiis alieni sumus, nisi honestæ petitioni tuæ lubentes annuerimus. Facimus autem id voluntate promptâ, candore verò, & officio debito. Ideo quanti tuam hanc operam æstimemus junctis pagellis publicè testamur, te ut in hoc scribendi genere alacriter pergas, hortamur, tibique omnia, quæ à nobis proficisci possunt, officia prolixè pollicemur, & promtissimè deferimus. Vale. Datæ Rostochii Calend. Maij Anno 1610.

Decanus, Senior & Doctores Iuridicæ Facultatis Rostochiensis.

THedosium Imperatorem, causam difficultatis Juris, & paucitatis verorum Jureconsultorum, non humanę tantum naturæ, quotidiè novas formas parturientis, inconstantiam, sed scripturientium lasciviam, & librorum inutilium, hinc enascentium, copiam, dicere soliitum accepimus: Id verò nos verum esse hoc nostro inprimis tempore experimur. Tam ferax enim hoc seculum est glossarum novarum, ut iis perlegendis hominis ætas non sufficiat, tam sterile bonorum scriptorum, ut in difficiliores & nobi-

Digitized by Google

& nobiliores juris partes nemo non eruditas commentationes desideret. Inter alia verò Juris Civilis volumina Novellarum opus excellit, quod locupletem juris penum, imò thesaurum preciosissimum continet, quem Haloander tanti se fecisse scribit, ut eum omnibus Regum æratiis anteferret. Quamvis autem utilitas, nobilitas & necessitas Novellarum harum constitutionum cuilibet satis appareat, ea tamen tanta cum difficultate conjuncta est, ut glossographi eâ deterriti, loca hæc nullius ante (ut cum Poëta loquamur) trita solo ingredi ausi non sint, sed hanc juris nobilissimam partem incultam, & à commendationibus nudam reliquerint.

Difficultatis hujus causæ non pestremæ sunt, Asiaticæ dictionis luxuries, imò barbaries, Græcæ linguæ corruptio, ejusdemque corrupta translatio, versionum crebra variatio, & ejusdem materiæ tædiosa hinc inde inculcata repetitio.

Advertit & prævidit hos obices & defectus statim à tempore Novellarum Julianus, sub Justiniano Antecessor Constantinopolitanus, Ideo serpenti huic malo mederi ab initio studuit, & ut erat Latinæ & Græcæ linguæ peritissimus, genuinum sensum Novellarum ex ipsis fontibus eruit, prolixiores contraxit, Epilogos & Prologos in legumlatione, Seneca teste, indecentes, tanquam siliquas & putamina rejecit, & constitutionum nucleum brevi & eleganti epitome expressit, multa tamen loca tacitus pertransiit, nonnulla nimia brevitate obscuravit.

Postquam verò in Italia, Lotharii temporibus, jus civile quasi postliminio restitutum, & inter alios libros, τεσσάρων volumen repertum, & à quodam anonymo in Latinum sermonem translatum esset, ceperunt nonnulli eo pro authentico uti, in quo tamen menda infinita, explicationes siniſtræ, phrases barbaræ, legenti hinc inde occurrunt.

Tentarunt quidem, tempore renascentis Jurisprudentiæ, lucem huic operi addere Italorum nonnulli, Joannes Angelus, Jacob de Belviso, Bartolus, Baldus & alii, quorum monumenta extant, sed horum pleriqne, ut multa viderunt & præclarè monuerunt, ita adminiculis historiarum & linguarum destituti, media sæpè luce cæcutierunt.

Antonius Augustinus propius rem tetigit, & loca [illegible] plicuit.

Omnes verò alios, quos nobis videre contigit, Jacobus C[illegible] admirandâ, & eruditione multiiuga in opere hoc illustrando superavit, quem insecutus est novissimè amicus noster J[illegible] Jurisconsultus & in Academia Grypswaldensi professor

Nullus verò inter omnes extitit Hercules, qui Augiæ [illegible] concinno, & methodo eleganti, plenè, & p[illegible] revivisçere novum aliquem Justinianum, a[illegible] Intelleximus quidem etiam hoc nostro tempore [illegible] nibus concinnandis desudari Quorum fœtus dum vi[illegible] mus, opportunè nobis, Consultissimi Viri Dn. CONRA

Anteceſſoris in Academia Norica Eminentiſſimi, exhibentur litteræ, quibus id quod in notis habuimus, ſe effectum dediſſe, non modo ſignificavit, ſed & apoteleſmatis ſui oblata delineatione oſtendit, quam quo avidius legimus, eò conatum hunc impenſius probavimus.

Redivivum enim hic nobis in forum & Academias reduxit Juſtinianum, nativum eius ſermonem ad vivum expreſſit, genuinum ejus intellectum explicavit, omniumque oculis expoſuit, diverſitatem lectionum & verſionum, textusque veritatem, ex ipſis Græcæ linguæ fontibus erutam, tabulâ quaſi artificioſiſſimè deſcripſit, & hiſtoriarum ſacrarum, & prophetarum monumentis, obſcuriora locailluſtravit, methodo eleganti & ſuccinctâ in certas claſſes laborem diſtribuit, atque ita plenam huic operi manum feliciter impoſuit, & voto & expectationi noſtræ ſufficientiſſimè ſatisfecit.

Julianum antiquiſſimum Interpretem Antonius Auguſtinus deprædicat, eumque ſtudioſis juris velut ſpeculum, quod intueantur, proponit. Nos pari jure D. Rittershuſium apoteleſmatis hujus auctorem, veræ eruditionis rarum exemplum, non ſtudioſæ modo juventuti, ſed & toti ordini noſtro litterario commendamus. Nec dubitamus, quin D Rittershuſius in eo ſcribendi genere ſit progreſſurus, & talentum, ſibi abundanter collatum, liberaliter ac indeſinenter Orbi Chriſtiano communicaturus.

Nos verò Decanus, Senior ac Doctores Juridici in alma Roſarum Academia ordinis eidem officia noſtra deferimus, & præſcripto modo de ipſius laboribus nos cenſere & judicare adpreſſo Facultatis noſtræ ſigillo teſtamur.

Actum Roſtochij Calendis Maij Anno CIↃ. IↃ. CX.

CL. V. DN. CVNRADO RITTERSHUSIO JC. ACAD. ALTORFINÆ Anteceſſori digniſs. amico colendo.

Chriſtum Dominum & Salvatorem noſtrum.

teras Tuas, Vir præſtantiſſime Conſultiſſime, Domine & aorande, ad nos ſuperioribus diebus transmiſſas, tardius, aſſis expectabas, reſpondemus, non quod ingratæ nobis il- rel nos ad gratificandum difficiles eſſemus, (ut enim lite- bis fuerun ta etiam ad officia, quæcunque à nobis in ſumus) ſed quia tum Illuſtriſſimi noſtri lurima alia negocia, ad Rempub. ſpectan- minus eas, quæ de Novellarum D. Juſtiniani ſa- ceteſmate tuo tripartito unà cum literis iſtis accepi- & diligentia citius legeremus atque perpenderemus, adeoque

Digitized by Google

adeoque præter voluntatem noſtram accidit. Moræ igitur qualicunque (non tamen, uti confidimus, periculoſæ) veniam des, ante omnia amicè rogamus. Etſi verò, quod dudum etiam Eccleſiaſtes conquerebatur, plures faciendi libros nullus eſt finis, hoc tamen viros bonos doctrinaque præſtantes à munere ſcribendi res utiles ac ſcitu neceſſarias, nequaquam, ſed ambitioſos duntaxat homines, à mala & præpoſtera quælibet publicandi cõſuetudine, deterrere debet. Imò ſcribendi neceſſitatem id ipſum quod multi multa, ſed non omnes omnia eo ordine, nec perſpicuitate ea, quibus debebant, ſcripſerunt, iis qui facultate hac à Spiritu Domini præ aliis inſtructi ſunt, imponit. Et ſanè quin Novellæ Juſtiniani, Sacratiſſimi Principis, rerum cognatarum diſturbationem ac ſeparationem, nec non eorundem tædioſam atque prolixam iterationem, juris item vix dum nati & conſtituti abolitionem, abrogationem, innovationem, magnâ inſuper ob luxuriam Aſiaticæ dictionis, qua Legislator utitur, obſcuritatem contineant, nemo Jurisprudentiæ ſtudio deditorum ignorat. Quæ proculdubio in cauſa ſunt, quod ambitioſi, quos diximus, ſcriptores hanc juris noſtri Romani partem intactam prorſus reliquerint, & ex doctioribus pauciſſimi in ea declaranda aliquid præſtiterint.

Ideoque cum à Deo Opt. Max. te quoque omnis generis ad ſcribendum neceſſariis donis præditum eſſe ſciamus, & tam ex parte Apotelesmatis iſtius ad nos transmiſſa, quàm expræditis literis tuis intelligamus, te non tantùm, quoad textum Novellarum conſtitutionum noſtrarum, fundamenti loco, ad faciliorem earundem intellectum, coniungenda conjunxiſſe omnia, Epitomen ſcilicet latinam Juliani, & textum Græcum cum verſione gemina Berguntionis Piſani, & Gregorii Haloandri, ſed in illuſtratione etiam conſtitutionum iſtarum in eam ſedulò incubuiſſe curam, ut quæ in illis ſparſim & confusè habentur, diligenter colligeres, ac novo quodam modo in ordinem nequaquam inconcinnũ diſponeres, quindecim in univerſum conſtitutis partibus ſive claſſibus, ad quas pleraque omnia, quæ in toto Novellarum opere extant, commodè referri, ac velut per locos communes dividebantur, ita ut ſi maximè nulla expoſitio acceſſiſſet alia, vel eo ipſo ordine ſolo, magnam partem obſcuritatis prædictæ jam ſublatam eſſe appareat, non poſſumus non magnum & præclarum ab hoc opere fructum expectare, eoque nomine tam juris ſtudioſis, quàm jura profitentibus, & in foro verſantibus gratulari, diligenter ſimul & amicè rogantes, ab inſtituto multis modis probãdo non tantùm non deſiſtere, verum etiam in poſterum Jurisprudentiæ ſanctiſſimum ſtudium, haud gravatim, dexteritate, qua vales, in ſcribendo ſumma, juvare ac promovere velis. Facti, crede nobis, ſicut nunquam pœnitebit, ita largitorem donorum omnium compenſatorem largiſſimum habebis. Vale vir clariſſime conſultiſſime. Perſcriptum in Collegio noſtro, 26. Auguſti, Anno ſalutis humanæ, 1609.

Decanus & Doctores Ordinis Iuridici in Academia Tubingenſi.

Digitized by Google

CL. V. DN. CVNR. RITTERS-
HUSIO JC. ANTECESS. ACAD.
Altorph. amico noſtro honorand.

Sal. & offic. promtitud.

EX iis literis, quas nuper ad nos miſiſti, Vir Ampliſſime Dn. & Fautor obſervande, non ſtudium modo tuum Boni publici promovendi, ſed & privatim erga noſtrum collegium ſingularem animi propenſionem & favorem liquidò deprehendimus. Ea propter æquum non fuit, ut in eo, quod tàm amicè à nobis petiiſti, ſpes tua te falleret. Quin imò lubentiſſimo animo, quicquid hoc officii eſt, præſtare voluimus, ut intelligeres, quàm gratam habuerimus profectam à te benevolentiæ provocationem. Accipe igitur, Vir Clariſſime præfationem hanc noſtram, in qua ſi minus ſcripſiſſe videbimur, quam rei magnitudo poſtulabat, illud nos excuſet, præter cætera, quod tertiæ partis ſpecimen contueri nobis non licuerit. Neque verò exiſtimamus te magnificum à nobis præconium magis poſtulaſſe, quam nudam ac ſimplicem approbationem. Ipſum ſe Opus ſatis commendabit, guſtusq; quod dici ſolet, vocabit emtorem. Vale vir præſtantiſſime & nobis viciſſim fave, in tui gratiam ad majora promtis. Raptim Francofurti cis Viadr. inter turbas & occupationes nundinarum 18. Julij. Anno 1609.

Decanus Ordinarius & reliqui Doctores Iuridicæ Facultatis in Academia Francofurtana.

PRÆFATIO AD LECTOREM.

OMinoſa propemodum fuit apud veteres novi Juris appellatio, adeoq; apud Thurios & Locrenſes laqueo conſtitit, novam ſuadere legem. Exiſtimatum eſt enim nihil magis turbare trãquillitatem publicam, quam frequentes hujusmodi & violentas legum converſiones. Magnæ enim molis corpora, ſi ſæpius impellantur, ut certè ex juris mutatione totam civitatem concuti neceſſe eſt, aut cum impetu ruunt, aut ſi ſolidiora ſunt, difficilimè tamen iterum conquieſcunt. Moto autem corpore, hoc eſt, luxata Republica, nihil fixi habent cives, & alieno magis, eoque incerto vivunt arbitrio: ſervorum ſimiles, qui ob varios dominorum mores, quid agant potius, ſtatuere non poſſunt; ita fit, ut dum perpetuo Principis Imperium expectatur, multæ in Republica partes negligantur; & ad ſtatum pervenire nequeat, quod aſſiduè movetur. Ipſa etiam vetuſtas admirationem in ſe continet, & majori religione civium animos ad obediendum aſtringit.

Ideoque

Ideoque Augustus olim monuit senatum, Ne novas leges admitteret, antiquis etiam meliores. Nam ipsa adsuetudo faciebat, ut melius esse non posset, quod insuetis subitò offerretur. Quo pertinet græcum illud: τὸ καινὸν δὲ κείμενον μὴ κινητέον: à quo non longè abludit Latinum: NOTA RES MALA OPTIMA EST. Quid enim frequens & subita juris mutatio præclari habet aliud? quam ut omnium tandem legum contemtum inducat? illique rei, quæ tam levi momento everti possit, omnem auctoritatis vim detrahat? Nulla est Reipubl. pestis capitalior, discordia & æmulatione civium, quæ non alia ratione facilius excitatur, quam si uni licere videant; quod alteri prohibetur, & in uno damnari, ob quod alius laudem ferat: Consideret aliquis, quantam in Republ. Romana confusionem esse oportuerit, cum Prætores pro sua Jurisdictione, imò sæpè ambitione, Edicta promulgabant, à quibus tamen ipsi identidem, & multo magis successores discedebant, ut ferè nemo civium certus esse posset, quid suum, quid alienum haberet. Cui malo tandem Lege Cornelia, & ad extremũ edicti perpetui ordinatione remedium afferendum fuit: Ideoque in jure nostro etiam saluberrimè constituitur: Minimè esse mutanda, quæ interpretationem certam habuerunt. Quæ cum ita sint, videmus tamen Justinianum Imp. præomnibus aliis Principibus legum novandarum studiosissimum fuisse, ut sæpè non aliorum tantum, sed & suas vix dum natas, & adhuc à stylo calentes, uno momento abroleverit: easdem paulò post mutata voluntate, quasi in gratiam receptas, revocarit; aut etiam planè novas excogitarit. Cujus rei causam nonnulli Triboniano impingere non dubitant, quem ex Suida referunt avaritiæ plus æquo deditum, pro arbitrio dictasse leges, in quem convenire possit illud Virgilianum:

Vendidit hic auro patriam, dominumq; potentem:
Imposuit: fixit leges precio, atq; refixit.

Accessit fortè muliebre consilium Augustæ (quam & ipsam Justinianus consiliorum se participem habuisse, non diffitetur) quod aliàs, ex in dole feminea,

——— *varium & mutabile semper,* Esse solet,

Quod si tamen rem ipsam æstimare sine affectu voluerimus, deprehendemus certè, Justinianum, undecunque consilia sumserit, evidentes habuisse juris mutandi rationes, quas etiam plerunque constitutionibus suis solet intertexere. Ad æquitatem verò in primis animum attendisse palàm est, & ut jure quam maximè æquabili cives cujuscunque sexus & conditionis uterentur; quæ cura maximè digna est humanitate Principis. Et fieri quidem potest, ut inter cetera muliebris illa lenitas ad æquitatem & moderationem, Principis consilia flexerit; Sed ea ex re nullam concipit maculam, quod piè & laudabiliter constitutum est: quod sua utilitate satis se defendit. Nam & olim Celtis, quàm maximè masculis hominibus, dedecori non fuit, eodem fine ad judicia, quæ ipsi armati peragebant, feminas adhibere: ut, si quid durius statuissent, mulierum id leniret moderatio. Quin servorum sæpè saluberrimæ fuerunt consultationes:

Πολλάκις καὶ κακῶν ἀνὴρ μάλλα κέρτα εἶπε.

In consiliis enim non unde veniant, sed quo tendant considerandum est. Undè

nec Triboniani avaritia, de quo tamen propter ſumma in jurisprudentiam noſtram merita, honeſtius ſentire debemus, iniquum efficiet, quod ipſa naturalis ratio, ob evidentem utilitatem, & neceſſitatem diſciplinæ commendat. Quibus de cauſis legum emendatio non tantum permiſſa, ſed omnino neceſſaria eſt, Siquidem SALUS POPULI ſuprema lex eſſe debet, & ita Politiæ ratio inſtituenda eſt, ut unius imperantis vigilias, omnium quies excipiat & ſecuritas. Pulcrè apud Agell. S. Cæcilius: Non enim, inquit, profectò ignoras, legum opportunitates & medelas pro temporum moribus, & pro rerumpublicarum generibus, ac pro utilitatum præſentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum eſt, fervoribus, mutari atque flecti, neq; uno ſtatu conſiſtere: quin ut facies cœli, & maris, ita rerum atque fortunæ tempeſtatibus varientur. Et ob eam cauſam, ut eleganter inquit Claudianus:

——— Priſcamque reſumunt
Canitiem leges, emendanturque vetuſtæ,
Succedunt novæ.

Nam & in corpore ferendum non eſt, ut ſonticus aliquis nævus, quantumlibet inveteratus, ſi vel cum dolore tolli poſſit, in conſuetudinem vertat, aut naturam. Non igitur in univerſum averſanda eſt novi juris mutatio: Quinimo majoris deliberationis opinio, ad majorem novi juris reverentiam excitare nos debet. Siquidem illud veriſſimum eſt: βελτίους φρονίδος σοφώτεραι: Et certè ipſa nos debet auctoritas novæ legis movere, quæ tanta eſt, ut nullam veteri relinquerit. Nam ut eleganter ait Modeſtinus αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν. Unde tenuem eſſe defenſionem dixit Auctor ad Herennium, qua oſtenditur id factum, quod ea lex ſanciat cui obrogatum, vel derogatum ſit, id quod poſteriori lege ſancitum ſit, eſſe neglectum Nam quodcunque Populus poſtremum juſſerit, id jus ratumque eſſe jubet lex XII. Tabb. tanta quidem religione, ut Imp. falſi crimen illis impingat, qui antiquatam legem in judiciis allegare audeant. Unde efficitur, ut quantumvis omnia Juris noſtri volumina, Imperatoria auctoritate munita ſint, inter illa tamen Jus noviſſimum, quod in Novellis continetur, non tàm auctoris, quem habet ſanè ſplendidiſſimum, cum aliis tamen communem, quàm uſus & auctoritatis gratia, quam habet præcipuam, eminere debeat. Quod quidem huc usque nemo diffiteri auſus eſt. Verum tamen opus ipſum Novellarum hactenus à nemine pro ſingulari juris volumine habitum eſt, ita ut peculiari etiam ratione diſponendum videretur; quin potius pro lacinia quadam & ſupplemento Codicis Juſtinianei æſtimatum eſt Itaque earum conſtitutionum Epitomæ ab Irnerio illis legibus Codicis ſubjectæ ſunt, quas reſpicere videbantur, ut & ab aliis, qui hactenus Methodicè jura tractarunt, ſuis locis factum eſt. Quæ ſanè diligentia fructu ſuo non caruit, adeoque credibile eſt, multos juris ſtudioſos, eà opera contentos, integros Novellarum textus non legiſſe. Quemadmodum & Saxonici juris, ut vocant, differentiis, quæ ſanè brevibus libellis, & paucis concluſionibus comprehenſæ circumferuntur, utcunque percurſis, de integri operis lectione non admodum ſolliciti eſſe ſolent. Quos præterea facilè hactenus deterruit

vulgata

Digitized by Google

vulgata verſio, ſæpè non latina, & Aſiaticus verborum in proœmiis, & ipſa rerum tractatione, luxus, quam in lege potiſſimum caſtigat Seneca: Deinde Græci textus raritas, & omnium maximè tam varia variarum materiarum ἀταξία, & confuſio: utpote, quæ ſola temporis habita ratione, nec tamen usquequaq; in hunc, qualis hucusque fuit, faſciculum videntur conjectæ. Tandem verò, has difficultates, hæc tædia, hæc faſtidia, præſenti opere amolitur, JC. Clariſſimus, Cunradus Rittershuſius, qui tantum publico bono dare voluit, ut non tantum Græco textu familiariter uti poſſimus, ſed ut uno intuitu, quicquid viri docti in hoc opere vel ὀπτώμως, vel ἀκριβεστικῶς: vel denique ἐξηγητικῶς præſtiterunt hactenus, non ſine voluptate percurrere liceat. Quibus omnibus potiſſimam ſui laboris partem, certis diſtinctam capitibus, certoque digeſtam ordine, totius operis œconomiam adiicere: &, ut hæc omnia fructu ſuo conſtarent, ad praxin hodierni temporis accommodare voluit. Quæ ſingula per ſe non exigua ſunt in Rempubl. literariam merita: quid ſi coniungas univerſa? Non dubium ergo eſt, quin laborem huic apotelesmati impenſum, favor magnorum virorum, & ſtudioſæ Juventutis maximus ſecuturus: honoris autem, & famæ auctori longè maxima acceſſio futura ſit. Alexandrum Magnũ, frigidè admodum milites, qui unum aliquod, quantumvis egregium fortitudinis ſpecimen edidiſſent, niſi id factum ab eis ſæpius, laudare ſolitum, ferunt: quod fieri poſſe diceret, ut ignavus etiam aliquando per impetum tale quid patraret. Hoc quamvis in ingenii laboribus non obtineat, qui ſemper conſilio fiunt, non impetu: Negari tamen non poteſt, quanto plura virtutis ac ſcientiæ extant documenta, tanto magis auctoris exiſtimationem creſcere: Quod certè præſtantiſſimo Dn Rittershuſio futurum eſt, qui cum præclaris ante hac editis operibus, eximiam de ſe ingenii, doctrinæque famam excitarit. Nunc tamen illa non contentus gloria, in certamine magis arduo, magisque difficili, nobiliorem ſibi palmam propoſuit. Ipſe Juſtinianus ſi viveret, plus debiturus huic uni videbatur, quam qui ad ipſius mandatum primitus eas cõſtitutiones compilarunt: Siquidem vel ipſo teſte, qui ſubtiliter factum emendat, laudabilior eſt eo, qui primus invenit. Huius enim opera futurum eſt, ut quem à lectione antea deterruit tædioſa Nomothetæ prolixitas, nunc invitet aſtricta Juliani brevitas: Quem avertit inſolens linguæ peregrinitas: nunc alliciat genuina ſermonis ſuavitas: quem prius turbaverat confuſio, jam teneat ingenioſa diſpoſitio: quæ vel ſola totum hoc opus reddere poterat commendatiſſimum.

Fruere igitur, humaniſſime Lector, Clariſſimi Viri ingenio atque induſtria, & applauſu tuo, quem denegare non potes, ad conſimiles operas exſuſcita, quibus & ad voluptatem, & ad uſum frui poſſis.

Nam favor invitat ſtudium, laudataq; virtus
Creſcit, & immenſum gloria calcar habet.

Decanus Ordinarius, & reliqui Doctores Iuridicæ
Facultatis in Academia Francofordiana.

Digitized by Google

...ns ratio, ad hunc, ut ita loquamur, publicæ utilitatis gnomonem, revocata est. Id quod etiam Paulum Jurisconsultum attendisse comperimus, dum in responso quodam suo *eorum, qui in parentum sunt potestate, matrimonia, sine voluntate illorum jure quidem contrahi non posse*, pronunciavit, *contracta tamen non dissolvi* Cujus sententiæ hanc subjungit rationem, *quòd publicæ utilitatis contemplatio, privatorum commodis præferatur*. Quò eodem Diocletianus & Maximianus Impp. Augg. respexerunt, dum cõstituerunt, *ut in primipili causa mulier, cui possessio dotis titulo obligata erat, fisco postponatur*. Cujus cõstitutionis æquitas eò major videri debet, quòd alias hoc mulieribus ab Imperatore indultum est privilegium. ut *ea potiora jura contra omnes mariti creditores, licet temporis anterioris privilegio* (ut ipsius utamur verbis) *vallati sint, habeant*.

Quòd si magnis parva componere licet: eundem scopum (quod absque arrogantiâ à nobis dictum accipi velimus) etiam Optimo & desideratissimo parenti nostro, Conrado Rittershusio Jurisconsulto, &c. pro suæ conditionis ratione & modulo propositum fuisse, nihilque illum antiquius habuisse, quàm ut communi, hoc est literariæ Reipub. commodo, non modò cum rei familiaris, sed etiam virium & valetudinis (proh dolor!) detrimento & jacturâ, inserviret: non solùm boni omnes, qui notitiam illius habuerunt, nobis testes sunt, sed complures. etiam, tàm de Jure Civili, quàm aliis de rebus ad liberalem eruditionem pertinentibus, partim ab ipso jam editi, partim à nobis (si cæptis Deus adspiraverit) deinceps quoque edendi commentarii declarant. Quorum in numero (si quod liberorum de Parentis laboribus est, essé debet judicium) locum haud postremum obtinere videtur, præsens Tractatus, quem ipsius iam defuncti vice, publici juris facimus, *Novellarum expositionem* cõtinens; quarum explicationem cum aliquot ab hinc annis egregiorum quorundam adolescentum adductus rogatu, privatos intra parietes instituisset: opusque illud quantum per occupationum, (quibus perpetuò ferè, supra vires, oneratus erat,) cumulum ei licuit, perfeciisset: plurimis è locis viri doctissimi nullum penè per literas illum hortandi, rogandi, atque etiam urgendi finem fecerunt, ut operæ Typographicæ beneficio, ad se quoque, vel potiùs ad omnes, qui in Juris Cæsarei castris militarent, utilissimi laboris fructum emanare pateretur. Quod quamvis ipsemet, si fata tantum vitæ ipsius temporis addidissent, haud paulò meliùs & cumulatiùs præstiturus fuisset: tamen, cùm Deo aliter visum fuerit, nè tot bonorum & Clarissimorum Virorum desideria, vel diutius detinerentur, vel penitus etiam frustrarentur:

nobis

nobis ipſis hanc, ut ita loquamur, lampadem ſumendam, manumque operi huic admovendam, ac, ut Typis illud excuſum publici juris fieret, curandum exiſtimavimus.

Cum autem ad patronum aliquem poſtumo huic, Optimi & CL. Parentis noſtri, fætui, pro more paſſim recepto, quærendum, animos circũferremus, cujus auctoritatis & potentiæ clypeo, adverſus iniqua obtrectatorum judicia, nigrumque ſalem, aliorum laboribus aſpergendi libidinem, ſe tueri poſſet: Veſtrorum, P.C. tàm in nos, quàm in Parentem p.m. noſtrum, beneficiorum nobis occurrit memoria, quorum fructum, cùm per tot jam annos tam largiter, tùm perceperimus, tùm hodieque percipiamus: animum id nobis fecit, ut etiam defenſionis & patrocinii huic fætui veſtro in ſolo nati præſtandum beneficium, de vobis ſperare, nobisque polliceri audeamus. Quòd ſi enim injuriâ à litigantibus affici videtur Judex, ſi alterius Jurisdictioni ſe, ſuæque cauſæ cognitionem ſubiiciat, licet multò plus oneris & moleſtiæ, quàm emolumenti in ſeſe judicandi officium contineat: quantò majori vos, dulciſſimæ patriæ noſtræ præſides, cui poſt DEUM OPT. MAX. omnia vitæ & fortunarum debemus præſidia, affecturi eſſemus injuriâ, ſi aliũ, præter vos, huic Parentis noſtri labori, patronum ac defenſorem, quærere vellemus? Adcedit, quod cùm aliam, dictis in nos beneficiis veſtris, nullo modo referre poſſimus gratiam; hac ſaltem Paterni commentarii dedicatione, Ampliſſimo & per totum penè terrarum Orbem Clariſſimo nomini veſtro factâ, aliqua grati animi ſignificatio vobis edenda & exhibenda fuerit.

Suſcipite ergò, Patres Patriæ, ſerenâ fronte in tutelam & clientelam veſtram hunc Paternæ lucubrationis fætum, vobisque perſuadete: Defuncto licet Rittershuſio Veſtro, eruditionem tamen & doctrinam illius, etiam poſt luctuoſum nobis, ex hac mortali vita, illius diſceſſum, ut aliarum rei literariæ partium, ita & jurisprudentiæ ſtudioſis adoleſcentibus nonnihil profuturam.

Feliciter valete, Viri Magnifici, P. C. Ampliſſimi Mœcenates & Patroni benigniſſimi cùm veſtro & veſtrorum omnium, tùm etiam publico & perpetuo florentiſſimæ Urbis ac ditionis veſtræ bono: Nosque, omni propè humanæ opis & auxilii deſtitutos præſidio, favori & benevolentiæ veſtræ, ſi merebimur, commendatos habete. Altorfij, ex Muſæo noſtro, VIII. Idus Maij, Anno 1615.

Nobilitati & Ampliß. dignitati veſtræ
Subiectiß.
Georgius, Nicolaus, & Ludovicus, Rittershuſij, Conradi JC. Filij.

Digitized by Google

ELOGIA ALIQVOT GERMANIÆ ACADEMIARUM INCLUTARUM & virorum eruditione clariſſimorum, quæ ad commendationem Operis Juris Juſtinianei à D. Rittershuſio adornati faciunt.

V. CL. DN. CUNRADO RITTERSHUSIO

J C. Anteceſſori Acad. Altorph. amico noſtro obſervando, S. P.

LItteras tuas, Vir Conſultiſſime, amice colende, à Collega noſtro, Joanne Kirchmanno, nobis exhibitas, magna cum voluptate legimus, ex iisque tuum non ſincerum tantùm in nos affectum cognovimus, ſed ut voti hactenus tantoperè expetiti compotes facti ſumus. Opus enim perfectiſſimum & optatiſſimum te in conſtitutiones Novellas concinnâſſe non ex litteris modo tuis & delineatione transmiſſa intelleximus, ſed ex ſcripti cujusdam exemplaris lectione, nobis hic communicati feliciſſimè hunc laborem te perfeciſſe vidimus & perſpeximus. Induſtriam & diligentiam admirati hanc ſumus, quâ loca, nullius ante ſolo trita, feliciter non tantum ipſe peragraſti, ſed & totî Reipublicæ literariæ, ſentibus dumetis, quibus ea quaſi ſepta erant, remotis, aperuiſti, atque ita iter ad intima Juris Juſtinianei ſacraria pandiſti. Gratias tibi à toto ordine noſtro deberi fatemur, & à Gratiis alieni ſumus, niſi honeſtæ petitioni tuæ lubentes annuerimus. Facimus autem id voluntate promptâ, candore verò, & officio debito. Ideo quanti tuam hanc operam æſtimemus junctis pagellis publicè teſtamur, te ut in hoc ſcribendi genere alacriter pergas, hortamur, tibique omnia, quæ à nobis proficiſci poſſunt, officia prolixè pollicemur, & promtiſſimè deferimus. Vale. Datæ Roſtochii Calend. Maij Anno 1 6 1 0.

Decanus, Senior & Doctores Iuridicæ Facultatis Roſtochienſis.

THeodoſium Imperatorem, cauſam difficultatis Juris, & paucitatis verorum Jureconſultorum, non humanę tantum naturæ, quotidiè novas formas parturientis, inconſtantiam, ſed ſcripturientium laſciviam, & librorum inutilium, hinc enaſcentium, copiam, dicere ſoli-tum accepimus: Id verò nos verum eſſe hoc noſtro inprimis tempore experimur. Tam ferax enim hoc ſeculum eſt gloſſarum novarum, ut iis perlegendis hominis ætas non ſufficiat, tam ſterile bonorum ſcriptorum, ut in difficiliores & nobi-

& nobiliores juris partes nemo non eruditas commentationes desideret. Inter alia verò Juris Civilis volumina Novellarum opus excellit, quod locupletem juris penum, imò thesaurum precioſiſſimum continet, quem Haloander tanti se feciſſe ſcribit, ut eum omnibus Regum ærariis anteferret. Quamvis autem utilitas, nobilitas & neceſſitas Novellarum harum conſtitutionum cuilibet ſatis appareat, ea tamen tanta cum difficultate conjuncta eſt, ut gloſſographi eâ deterriti, loca hæc nullius ante (ut cum Poëta loquamur) trita ſolo ingredi auſi non ſint, ſed hanc juris nobiliſſimam partem incultam, & à commendationibus nudam reliquerint. 5

Difficultatis hujus cauſæ non peſtremæ ſunt, Aſiaticæ dictionis luxuries, imò barbaries, Græcæ linguæ corruptio, ejusdemque corrupta translatio, verſionum crebra variatio, & ejusdem materiæ tædioſa hinc inde inculcata repetitio.

Advertit & prævidit hos obices & defectus ſtatim à tempore Novellarum Julianus, ſub Juſtiniano Anteceſſor Conſtantinopolitanus, Ideo ſerpenti huic malo mederi ab initio ſtuduit, & ut erat Latinæ & Græcæ linguæ peritiſſimus, genuinum ſenſum Novellarum ex ipſis fontibus eruit, prolixiores contraxit, Epilogos & Prologos in legumlatione, Seneca teſte, indecentes, tanquam ſiliquas & putamina rejecit, & conſtitutionum nucleum brevi & eleganti epitome expreſſit, multa tamen loca tacitus pertranſiit, nonnulla nimia brevitate obſcuravit.

Poſtquam verò in Italia, Lotharii temporibus, jus civile quaſi poſtliminio reſtitutum, & inter alios libros, τὰ ἔξω volumen repertum, & à quodam anonymo in Latinum ſermonem translatum eſſet, ceperunt nonnulli eo pro authentico uti, in quo tamen menda infinita, explicationes ſiniſtræ, phraſes barbaræ, legenti hinc inde occurrunt.

Tentarunt quidem, tempore renaſcentis Juriſprudentiæ, lucem huic operi addere Italorum nonnulli, Joannes Angelus, Jacob de Belviſo, Bartolus, Baldus & alii, quorum monumenta extant, ſed horum pleriique, ut multa viderunt & præclarè monuerunt, ita adminiculis hiſtoriarum & linguarum deſtituti, media ſæpè luce cæcutierunt.

Antonius Auguſtinus propius rem tetigit, & loca [illegible] plicuit.

Omnes verò alios, quos nobis videre contigit, Jacobus C[illegible] admirandâ, & eruditione multiiuga in opere hoc illuſtrand[illegible] ſuperavit, quem inſecutus eſt noviſſimè amicus noſter J[illegible] Juriſconſultus & in Academia Grypswaldenſi profeſſor

Nullus verò inter omnes extitit Hercules, [illegible]qui Augiæ concinno, & methodo eleganti, plenè, & p[illegible] reviviſcere novum aliquem Juſtinianum, a[illegible] Intelleximus quidem etiam hoc noſtro tempore a[illegible] nibus concinnandis deſudari Quorum fœtus dum vi[illegible] mus, opportunè nobis, Conſultiſſimi Viri Dn. CONRA

Digitized by Google

Anteceſſoris in Academia Norica Eminentiſſimi, exhibentur litteræ, quibus id quod in notis habuimus, ſe effectum dediſſe, non modo ſignificavit, ſed & apoteleſmatis ſui oblata delineatione oſtendit, quam quo avidius legimus, eò conatum hunc impenſius probavimus.

Redivivum enim hic nobis in forum & Academias reduxit Juſtinianum, nativum eius ſermonem ad vivum expreſſit, genuinum ejus intellectum explicavit, omniumque oculis expoſuit, diverſitatem lectionum & verſionum, textusque veritatem, ex ipſis Græcæ linguæ fontibus erutam, tabulâ quaſi artificioſiſſimè deſcripſit, & hiſtoriarum ſacrarum, & prophetarum monumentis, obſcuriora loca illuſtravit, methodo eleganti & ſuccinctâ in certas claſſes laborem diſtribuit, atque ita plenam huic operi manum feliciter impoſuit, & voto & expectationi noſtræ ſufficientiſſimè ſatisfecit.

Julianum antiquiſſimum Interpretem Antonius Auguſtinus deprædicat, eumque ſtudioſis juris velut ſpeculum, quod intueantur, proponit. Nos pari jure D. Rittershuſium apoteleſmatis hujus auctorem, veræ eruditionis rarum exemplum, non ſtudioſæ modo juventuti, ſed & toti ordini noſtro litterario commendamus. Nec dubitamus, quin D Rittershuſius in eo ſcribendi genere ſit progreſſurus, & talentum, ſibi abundanter collatum, liberaliter ac indeſinenter Orbi Chriſtiano communicaturus.

Nos verò Decanus, Senior ac Doctores Juridici in alma Roſarum Academia ordinis eidem officia noſtra deferimus, & præſcripto modo de ipſius laboribus nos cenſere & judicare adpreſſo Facultatis noſtræ ſigillo teſtamur.

Actum Roſtochij Calendis Maij Anno CIↃ. IↃ. CX.

CL. V. DN. CVNRADO RITTERSHUSIO JC. ACAD. ALTORFINÆ Anteceſſori digniſs. amico colendo.

Chriſtum Dominum & Salvatorem noſtrum.

teras Tuas, Vir præſtantiſſime Conſultiſſime, Domine & aorande, ad nos ſuperioribus diebus transmiſſas, tardius, aſſis expectabas, reſpondemus, non quod ingratæ nobis il- el nos ad gratificandum difficiles eſſemus, (ut enim lite- bis fuerun- ta etiam ad officia, quæcunque à nobis in ſumus) ſed quia tum Illuſtriſſimi noſtri lurima alia negocia, ad Rempub. ſpectan- minus eas, quæ de Novellarum D. Juſtiniani ſa- teleſmate tuo tripartito unà cum literis iſtis accepi- & diligentia citius legeremus atque perpenderemus, adeoque

adeoque præter voluntatem noſtram accidit. Moræ igitur qualicunque (non tamen, uti confidimus, periculoſæ) veniam des, ante omnia amicè rogamus Etſi verò, quod dudum etiam Eccleſiaſtes conquerebatur, plures faciendi libros nullus eſt finis, hoc tamen viros bonos doctrinaque præſtantes à munere ſcribendi res utiles ac ſcitu neceſſarias, nequaquam, ſed ambitioſos duntaxat homines, à mala & præpoſtera quælibet publicandi cõſuetudine, deterrere debet. Imò ſcribendi neceſſitatem id ipſum quod multi multa, ſed non omnes omnia eo ordine, nec perſpicuitate ea, quibus debebant, ſcripſerunt, iis qui facultate hac à Spiritu Domini præ aliis inſtructi ſunt, imponit. Et ſanè quin Novellæ Juſtiniani, Sacratiſſimi Principis, rerum cognatarum diſturbationem ac ſeparationem, nec non eorundem tædioſam atque prolixam iterationem, juris item vix dum nati & conſtituti abolitionem, abrogationem, innovationem, magnã inſuper ob luxuriam Aſiaticæ dictionis, qua Legislator utitur, obſcuritatem contineant, nemo Jurisprudentiæ ſtudio deditorum ignorat. Quæ proculdubio in cauſa ſunt, quod ambitioſi, quos diximus, ſcriptores hanc juris noſtri Romani partem intactam prorſus reliquerint, & ex doctioribus pauciſſimi in ea declaranda aliquid præſtiterint.

Ideoque cum à Deo Opt. Max. te quoque omnis generis ad ſcribendum neceſſariis donis præditum eſſe ſciamus, & tam ex parte Apotelesmatis iſtius ad nos transmiſſa, quàm ex prædictis literis tuis intelligamus, te non tantùm, quoad textum Novellarum conſtitutionum noſtrarum, fundamenti loco, ad faciliorem earundem intellectum, coniungenda conjunxiſſe omnia, Epitomen ſcilicet latinam Juliani, & textum Græcum cum verſione gemina Berguntionis Piſani, & Gregorii Haloandri, ſed in illuſtratione etiam conſtitutionum iſtarum in eam ſedulò incubuiſſe curam, ut quæ in illis ſparſim & confusè habentur, diligenter colligeres, ac novo quodam modo in ordinem nequaquam inconcinnũ diſponeres, quindecim in univerſum conſtitutis partibus ſive claſſibus, ad quas pleraque omnia, quæ in toto Novellarum opere extant, commodè referri, ac velut per locos communes dividebantur, ita ut ſi maximè nulla expoſitio acceſſiſſet alia, vel eo ipſo ordine ſolo, magnam partem obſcuritatis prædictæ jam ſublatam eſſe appareat, non poſſumus non magnum & præclarum ab hoc opere fructum expectare, eoque nomine tam juris ſtudioſis, quàm jura profitentibus, & in foro verſantibus gratulari, diligenter ſimul & amicè rogantes, ab inſtituto multis modis probãdo non tantùm non deſiſtere, verum etiam in poſterum Jurisprudentiæ ſanctiſſimum ſtudium, haud gravatim, dexteritate, qua vales, in ſcribendo ſumma, juvare ac promovere velis. Facti, crede nobis, ſicut nunquam pœnitebit, ita largitorem donorum omnium compenſatorem largiſſimum habebis. Vale vir clariſſime conſultiſſime. Perſcriptum in Collegio noſtro, 26. Auguſti, Anno ſalutis humanæ, 1609.

Decanus & Doctores Ordinis Iuridici in Academia Tubingenſi.

Digitized by Google

CL. V. DN. CVNR. RITTERS-
HUSIO JC. ANTECESS. ACAD.
Altorph. amico noſtro honorand.

Sal. & offic. promtitud.

EX iis literis, quas nuper ad nos miſiſti, Vir Ampliſſime Dn. & Fautor obſervande, non ſtudium modo tuum Boni publici promovendi, ſed & privatim erga noſtrum collegium ſingularem animi propenſionem & favorem liquidò deprehendimus. Ea propter æquum non fuit, ut in eo, quod tàm amicè à nobis petiiſti, ſpes tua te falleret. Quin imò lubentiſſimo animo, quicquid hoc officii eſt, præſtare voluimus, ut intelligeres, quàm gratam habuerimus profectam à te benevolentiæ provocationem. Accipe igitur, Vir Clariſſime præfationem hanc noſtram, in qua ſi minus ſcripſiſſe videbimur, quam rei magnitudo poſtulabat, illud nos excuſet, præter cætera, quod tertiæ partis ſpecimen contueri nobis non licuerit. Neque verò exiſtimamus te magnificum à nobis præconium magis poſtulaſſe, quam nudam ac ſimplicem approbationem. Ipſum ſe Opus ſatis commendabit, guſtuſq; quod dici ſolet, vocabit emtorem. Vale vir præſtantiſſime & nobis viciſſim fave, in tui gratiam ad majora promtis. Raptim Francofurti cis Viadr. inter turbas & occupationes nundinarum 18. Julij. Anno 1609.

Decanus Ordinarius & reliqui Doctores Iuridicæ Facultatis in Academia Francofurtana.

PRÆFATIO AD LECTOREM.

MInoſa propemodum fuit apud veteres novi Juris appellatio, adeoq; apud Thurios & Locrenſes laqueo conſtitit, novam ſuadere legem. Exiſtimatum eſt enim nihil magis turbare trãquillitatem publicam, quam frequentes hujusmodi & violentas legum converſiones. Magnæ enim molis corpora, ſi ſæpius impellantur, ut certè ex juris mutatione totam civitatem concuti neceſſe eſt, aut cum impetu ruunt, aut ſi ſolidiora ſunt, difficilimè tamen iterum conquieſcunt Moto autem corpore, hoc eſt, luxata Republica, nihil fixi habent cives, & alieno magis, eoque incerto vivunt arbitrio: ſervorum ſimiles, qui ob varios dominorum mores, quid agant potius, ſtatuere non poſſunt; ita fit, ut dum perpetuo Principis Imperium expectatur, multæ in Republica partes negligantur; & ad ſtatum pervenire nequeat, quod aſſiduè movetur. Ipſa etiam vetuſtas admirationem in ſe continet, & majori religione civium animos ad obediendum aſtringit.

Ideoque

Digitized by Google

Ideoque Augustus olim monuit senatum, Ne novas leges admitteret, antiquis etiam meliores. Nam ipsa adsuetudo faciebat, ut melius esse non posset, quod insuetis subitò offerretur. Quo pertinet græcum illud: τὸ κακὸν & κείμενον μὴ χυηπίον: à quo non longè abludit Latinum: NOTA RES MALA OPTIMA EST. Quid enim frequens & subita juris mutatio præclari habet aliud? quam ut omnium tandem legum contemtum inducat? illique rei, quæ tam levi momento everti possit, omnem auctoritatis vim detrahat? Nulla est Reipubl. pestis capitalior, discordia & æmulatione civium, quæ non alia ratione facilius excitatur, quam si uni licere videant; quod alteri prohibetur, & in uno damnari, ob quod alius laudem ferat: Consideret aliquis, quantam in Republ. Romana confusionem esse oportuerit, cum Prætores pro sua Jurisdictione, imò sæpè ambitione, Edicta promulgabant, à quibus tamen ipsi identidem, & multo magis successores discedebant, ut ferè nemo civium certus esse posset, quid suum, quid alienum haberet. Cui malo tandem Lege Cornelia, & ad extremũ edicti perpetui ordinatione remedium afferendum fuit: Ideoque in jure nostro etiam saluberrimè constituitur: Minimè esse mutanda, quæ interpretationem certam habuerunt. Quæ cum ita sint, videmus tamen Justinianum Imp. præomnibus aliis Principibus legum novandarum studiosissimum fuisse, ut sæpè non aliorum tantum, sed & suas vix dum natas, & adhuc à stylo calentes, uno momento aboleverit: easdem paulo post mutata voluntate, quasi in gratiam receptas, revocarit, aut etiam planè novas excogitarit. Cujus rei causam nonnulli Triboniano impingere non dubitant; quem ex Suida referunt avaritiæ plus æquo deditum, pro arbitrio dictasse leges, in quem convenire possit illud Virgilianum:

Vendidit hic auro patriam, dominumq; potentem
Imposuit: fixit leges precio, atq; refixit.

Accessit fortè muliebre consilium Augustæ (quam & ipsam Justinianus consiliorum se participem habuisse, non diffitetur) quod aliàs, ex indole feminea,

——— *varium & mutabile semper,* Esse solet,

Quod si tamen rem ipsam æstimare sine affectu voluerimus, deprehendemus: certè, Justinianum, undecunque consilia sumserit, evidentes habuisse juris mutandi rationes, quas etiam plerunque constitutionibus suis solet intertexere. Ad æquitatem verò in primis animum attendisse palàm est, & ut jure quam maximè æquabili cives cujuscunque sexus & conditionis uterentur; quæ cura maximè digna est humanitate Principis. Et fieri quidem potest, ut inter cetera muliebris illa lenitas ad æquitatem & moderationem, Principis consilia flexerit; Sed ea ex re nullam concipit maculam, quod piè & laudabiliter constitutum est: quod sua utilitate satis se defendit. Nam & olim Celtis, quàm maximè masculis hominibus, dedecori non fuit, eodem fine ad judicia, quæ ipsi armati peragebant, feminas adhibere: ut, si quid durius statuissent, mulierum id leniret moderatio. Quin servorum sæpè salubertimæ fuerunt consultationes:

Πολλάκι καὶ χεῖρων βουλὴ γυναικὸς ἀμείνων.

In consiliis enim non unde veniant, sed quo tendant considerandum est. Undenec

nec Triboniani avaritia, de quo tamen propter ſumma in jurisprudentiam noſtram merita, honeſtius ſentire debemus, iniquum efficiet, quod ipſa naturalis ratio, ob evidentem utilitatem, & neceſſitatem diſciplinæ commendat. Quibus de cauſis legum emendatio non tantum permiſſa, ſed omnino neceſſaria eſt, Siquidem SALUS POPULI ſuprema lex eſſe debet, & ita Politiæ ratio inſtituenda eſt, ut unius imperantis vigilias, omnium quies excipiat & ſecuritas. Pulcrè apud Agell. S. Cæcilius: Non enim, inquit, profectò ignoras, legum opportunitates & medelas pro temporum moribus, & pro rerumpublicarum generibus, ac pro utilitatum præſentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum eſt, fervoribus, mutari atque flecti, neq; uno ſtatu conſiſtere: quin ut facies cœli, & maris, ita rerum atque fortunæ tempeſtatibus varientur. Et ob eam cauſam, ut eleganter inquit Claudianus:

——— Priſcamque reſumunt
Canitiem leges, emendanturque vetuſtæ,
Succedunt novæ.

Nam & in corpore ferendum non eſt, ut ſonticus aliquis nævus, quantumlibet inveteratus, ſi vel cum dolore tolli poſſit, in conſuetudinem vertat, aut naturam. Non igitur in univerſum averſanda eſt novi juris mutatio: Quinimo majoris deliberationis opinio, ad majorem novi juris reverentiam excitare nos debet. Siquidem illud veriſſimum eſt: δόκιμοι φρονίδες σοφώτεροι: Et certè ipſa nos debet auctoritas novæ legis movere, quæ tanta eſt, ut nullam veteri relinquerit. Nam ut eleganter ait Modeſtinus αἱ μετα γενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν. Unde tenuem eſſe defenſionem dixit Auctor ad Herennium, qua oſtenditur id factum, quod ea lex ſanciat cui obrogatum, vel derogatum ſit, id quod poſteriori lege ſancitum ſit, eſſe neglectum. Nam quodcunque Populus poſtremum juſſerit, id jus ratumque eſſe jubet lex XII. Tabb. tanta quidem religione, ut Imp. falſi crimen illis impingat, qui antiquatam legem in judiciis allegare audeant. Unde efficitur, ut quantumvis omnia Juris noſtri volumina, Imperatoria auctoritate munita ſint, inter illa tamen Jus noviſſimum, quod in Novellis continetur, non tàm auctoris, quem habet ſanè ſplendidiſſimum, cum aliis tamen communem, quàm uſus & auctoritatis gratia, quam habet præcipuam, eminere debeat. Quod quidem huc usque nemo diffiteri auſus eſt. Verum tamen opus ipſum Novellarum hactenus à nemine pro ſingulari juris volumine habitum eſt, ita ut peculiari etiam ratione diſponendum videretur; quin potius pro lacinia quadam & ſupplemento Codicis Juſtinianei æſtimatum eſt Itaque earum conſtitutionum Epitomæ ab Irnerio illis legibus Codicis ſubjectæ ſunt, quas reſpicere videbantur, ut & ab aliis, qui hactenus Methodicè jura tractarunt, ſuis locis factum eſt. Quæ ſanè diligentia fructu ſuo non caruit, adeoque credibile eſt, multos juris ſtudioſos, eâ opera contentos, integros Novellarum textus non legiſſe. Quemadmodum & Saxonici juris, ut vocant, differentiis, quæ ſanè brevibus libellis, & paucis concluſionibus comprehenſæ circumferuntur, utcunque percurſis, de integri operis lectione non admodum ſolliciti eſſe ſolent. Quos præterea facilè hactenus deterruit

vulgata

Digitized by Google

vulgata verſio, ſæpè non latina, & Aſiaticus verborum in proœmiis, & ipſa rerum tractatione, luxus, quam in lege potiſſimum caſtigat Seneca: Deinde Græci textus raritas, & omnium maximè tam varia variarum materiarum ἀπαξία, & confuſio: utpote, quæ ſola temporis habita ratione, nec tamen usquequaq; in hunc, qualis hucusque fuit, faſciculum videntur conjectæ. Tandem verò, has difficultates, hæc tædia, hæc faſtidia, præſenti opere amolitur, JC. Clariſſimus, Cunradus Rittershuſius, qui tantum publico bono dare voluit, ut non tantum Græco textu familiariter uti poſſimus, ſed ut uno intuitu, quicquid viri docti in hoc opere vel θητόμως, vel ἀδιφορικῶς: vel denique ἐξηγητικῶς præſtiterunt hactenus, non ſine voluptate percurrere liceat. Quibus omnibus potiſſimam ſui laboris partem, certis diſtinctam capitibus, certoque digeſtam ordine, totius operis œconomiam adiicere: &, ut hæc omnia fructu ſuo conſtarent, ad praxin hodierni temporis accommodare voluit. Quæ ſingula per ſe non exigua ſunt in Rempubl. literariam merita: quid ſi coniungas univerſa? Non dubium ergo eſt, quin laborem huic apotelesmati impenſum, favor magnorum virorum, & ſtudioſæ Juventutis maximus ſecuturus: honoris autem, & famæ auctori longè maxima acceſſio futura ſit. Alexandrum Magnũ, frigidè admodum milites, qui unum aliquod, quantumvis egregium fortitudinis ſpecimen edidiſſent, niſi id factum ab eis ſæpius, laudare ſolitum, ferunt: quod fieri poſſe diceret, ut ignavus etiam aliquando per impetum tale quid patraret. Hoc quamvis in ingenii laboribus non obtineat, qui ſemper conſilio fiunt, non impetu: Negari tamen non poteſt, quanto plura virtutis ac ſcientiæ extant documenta, tanto magis auctoris exiſtimationem creſcere: Quod certè præſtantiſſimo Dn Rittershuſio futurum eſt, qui cum præclaris ante hac editis operibus, eximiam de ſe ingenii, doctrinæque famam excitarit. Nunc tamen illa non contentus gloria, in certamine magis arduo, magisque difficili, nobiliorem ſibi palmam propoſuit. Ipſe Juſtinianus ſi viveret, plus debiturus huic uni videbatur, quam qui ad ipſius mandatum primitus eas cõſtitutiones compilarunt: Siquidem vel ipſo teſte, qui ſubtiliter factum emendat, laudabilior eſt eo, qui primus invenit. Huius enim opera futurum eſt, ut quem à lectione antea deterruit tædioſa Nomothetæ prolixitas, nunc invitet aſtricta Juliani brevitas: Quem avertit inſolens linguæ peregrinitas: nunc alliciat genuina ſermonis ſuavitas: quem prius turbaverat confuſio, jam teneat ingenioſa diſpoſitio: quæ vel ſola totum hoc opus reddere poterat commendatiſſimum.

Fruere igitur, humaniſſime Lector, Clariſſimi Viri ingenio atque induſtria, & applauſu tuo, quem denegare non potes, ad conſimiles operas exſuſcita, quibus & ad voluptatem, & ad uſum frui poſſis.

Nam favor invitat ſtudium, laudataq; virtus
Creſcit, & immenſum gloria calcar habet.

Decanus Ordinarius, & reliqui Doctores Iuridicæ
Facultatis in Academia Francofordiana.

IN IVS IVSTINIANEVM A CL. V. DN. CONR. RITTERSHUSIO JC.

Anteceſſ. Acad. Altorph. methodo exactiſſimâ concinnatum,

Collegii Iuridici Academiæ Ienenſis, Proloquium.

SI unquam id, quod veteri dici ſolet diverbio, *Vino vendibili non opus eſſe hederâ ſuſpensâ*, verè uſurpari potuit, de hoc labore, quem vir clariſſ. & conſultiſſimus Dn. D. Conradus Rittershuſius, in Græcarum Novellarum editione adornandâ, inſumſit, uſurpabimus. Quanto enim cum incommodo legalis ſcientiæ, hactenus iis carendum nobis fuerit, querelæ cum Doctorum virorum, tùm juvenum, quibus una eſt cura, ut ex fontibus jurisprudentiam Juſtinianeam hauriant, teſtantur quàm creberrimæ. Quamvis enim aliquot editiones Græcæ circumferantur; tamen illæ, quia jam dudum tractæ exemplaria ſunt, rarius venum exponuntur, & in ſolis propemodum bibliothecis paulo inſtructioribus haberi ſolent, ut non immerito jus noſtrum fato ſuo hac in re premi videatur Romani certe eò rem redegerant ut in Græciâ quoq; Latinè jus diceretur, & ſi qua Decreta à Præſidibus vel Procoſſ. dabantur Latinè proponerentur. Id quod etiam poſt florentem Reipub. Romanæ ſtatum usque ad Juſtiniani Imp. ferè tempora obſervatum legimus. Is enim ſive facilitate quadam ut Græcis ſeſe accommodaret, utpote qui eſſet Dalmata, ſive quod vigor Romanæ Monarchiæ propter varias variarum gentium irruptiones quotidie in peius vergeret; leges inſuper Romanorum, quémadmodum & conſtitutiones, paſſim Græcè verterentur, in Aſiâ quoque & Thraciâ vivâ voce docentes Græcè profiterentur: Conſtitutiones ſuas, quas poſt editum ab ſeſe Codicem novas fecit, Græcâ linguâ promulgavit: quo ipſo Græcis non aliter atque ſponte ſua currenti equo calcar addidit, ut ardentius hoc propoſitum urgerent, & latifundia linguæ ſuæ hac quoque in parte propagarent Cauſam ut hoc faceret haud exiguam fuiſſe vero eſt ſimile, quod jam tum Italia à Gothis occupata, eorum legibus vivere cogeretur. Ab eo inde tempore Orientis Imperatores novellis quibusdam conſtitutionibus, pro ut caſus ſeſe obtulere, eas dem Juſtiniani Imperatoris Novellas auxerunt, usque dum Baſilius Macedo cum filiis ſuis Leone, Conſtantino, & Alexandro ex æmulatione quadam novam juris Epitomen, quam πεῖχειρον appellavit, in vulgus edidit, per quam potiſſimum factum eſt, ut jus civile Juſtinianeum paulatim negligi, & è manibus jus tractantium eripi quaſi cœperit, donec Lotharius Saxo Imperator in Occidente, Pandectas & Codicem ex ſitu & ſqualore, in quo jam ſexcentos annos ab eo inde tempore, quo à Juſtiniano editus fuit, jacuerat, in lucem aſpectumque rurſum protulit. Navavit hic utilem operam, eâq; æternam

Digitized by Google

nam nominis sui memoriam post se reliquit, Irnerius, qui in Italia primum hoc jus Justinianeum professus est, &, ut Urspergensis refert, certis tomis distinxit. Certare quodammodo voluisse hac in re Julianus quidam Patricius videtur, qui Epitomen in Novellas Justiniani Imperatoris conscripsit. Quæ licet tantæ auctoritatis non fuerit, ut pro legibus, quemadmodum Irnerii capita, quæ ex Novellis in Codicem transtulisse dicitur, haberetur, in magno tamen pretio semper apud viros doctos fuit: siquidem ad intelligendas Novellas Justiniani Imp. earumque sensum genuinum eruendum multum facit. 9

Hanc Juliani cum veteris cujusdam, Epitomen in Bibliothecâ sua latitantem cum Græcis Novellis, sicuti à Justiniano Imp. pleræque fuerunt Græcè promulgatæ, quo valet Genio & ingenio, judiciique dexteritate, erroribus amanuensium abstergis Clariss. & Consultiss. vir Dn. D. Rittershusius typis exscribendam curat. Etsi vero seculum hoc Dei benignitate barbariem in litterarum studiis ita ablegavit, ut si qua illius vestigia remanent, obtrita ferè sint; interest tamen reipub litterariæ, quam Antecessores nostri iterum aperuerunt, & quam planissimam reddere summæ curæ habuerunt, nos assiduè frequentare, & ne rimas iterum ducat, hiulca fiat, & in deterius vertatur, omnibus modis præcavere. Sic futurum est ut ad Juris Civilis adyta compendio & quidem cum maxima animi voluptate perveniatur. Accipite igitur vos, qui ad studium juris animum seriò appulistis, hunc Rittershusij, viri de jurisprudentia, & aliis disciplinis optimè merentis, laborem alacri animo, & vos metipsos sic ex eo instruite, ut spes pulcherrima vos foveat, toto hoc opere cognito & perspecto posse etiam causas & agendas & decidendas in partibus vobis credendis rectè committi.

CL. V. DN. CVNRADO RITTERSHUSIO JC. IN ACAD. ALTORFINÆ Professori L L. doctissimo, amico colendo.

S. Clarissime & Præstantissime vir, amice observande, & charissime: Quod ex literis tuis, & unà transmisso specimine, intelleximus propositum tuum, de edendis illustrandisque accuratius, novissimis Justiniani Imperatoris constitutionibus, id non possumus non vehementer probare. Neque tamen necesse erat nostrum super eo opere consilium sive judicium exquirere: quippe cujus tàm manifesta est in publicum commodum utilitas, & cujus conditoris jam diu spectata omnibus in hoc genere non eruditio solum, sed fides etiam atque industria & ingenii felicitas. Quod in rebus contingit, quarum ad societates hominum continendas, gubernan-

bernandas que reſpublicas ſumma neceſſitas eſt, id hic quoque perſpicitur. Eſt enim eiusmodi civilis prudentia, quæ ſine Juris cognitione nulla eſſe poteſt. In eo tam multa ſunt, quæ diſcentium, neque rarò docentium, conatus remorantur, ut vix colligi animo, nedum recenſeri poſſint omnia. In his præ ceteris negotium facit tam multiplex legum, edictorum, aliarumque partium antiquatio & mutatio: in quibus rectè cognoſcendis non modò, quid quæque ſibi tàm vetus, quàm nova per ſe velit, ſed & quæ contrariæ inter ſe totæ, quæve vel poſterior ad priorem, vel viciſſim prior ad poſteriorem trahi debeat, diligentiſſimè conſiderare oportet. Quia verò juris noviter introducti ingens amplitudo in poſtremo conſtitutionum Juſtinianearum volumine ad nos pervenit, magnum ab iis operæ pretium factum eſt, qui in illo explicando, aliis aliis rationibus, occupati fuere: quibus omnibus gratia magna debetur, ſive ut vetuſtiorum plures, è recentioribus optimus interpres Jacobus Cujacius, res ipſas interpretati ſint, ſive ut præter unum incertum ex ſuperioribus temporibus, Gregorius Haloander & Henricus Agylæus, ſermonem ex Græco in Latinum tranſtulerint, ſive, ut Henricus Scrimgerus & Henricus Stephanus, Græcorum exemplarium eleganter editorum copiâ hujus doctrinæ cupidis fecerint, ſive quamcunque aliam operam ad hanc juris ſcripti partem enucleandam adhibuerint. Neque horum tamen diligentia effecit, non dicimus, ut accedere nihil ad jam antea præſtita poſſit, quod infrequenter in talibus uſuvenit, ſed ne quid ad conſummandam hujus hodierni juris intelligentiam deſideretur: quòd, ut verè commemoras, præter dicendi genus ſupra modum, ut erat illud ſeculum, luxurians atque immenſum pænè, etiam à paſſim diſperſa & prorſus natis disjecta rerum tractatarum diverſitate proficiſcitur; ne quid de multis dubitationibus addamus, quas diſſentientium opiniones, partim ob linguæ antiquitatisque ignorationem, partim ob contradicendi ſtudia, vel ſimiles cauſas, veritatem inveſtigantibus reliquere. Quam ob rem magnam te ab juris ſtudioſis hominibus, & inprimis etiam de publica ſalute ſolicitis, gratiam initurum arbitramur, ſi & ipſe iis, quibus te in ſapientia veterum & juris civilis prudentia pollere publicè innotuit, viribus eniſus fueris, ut quæ reliquæ ſunt in hoc libro rectè & explicando & intelligendo, difficultates removeantur. Id verò fiet, ſi, ut conſtituiſti, immenſitatem ad tolerabilem modum, nondum ordinatam varietatem ad juſtos terminos, & controverſiarum diſſidia ad ſententiarum certitudinem redegeris. Quæ in re te plurimum poſſe, propraſtantia bene cultæ mentis tuæ & plurimum velle, pro egregia erga omnia liberalia ſtudia voluntate, certò ſcimus: neque non propterea honori tuo, & litterato civilibusque diſciplinis dedito ordini benevolis animis meritò gratulamur. Vale. Helmæſtadii in Academia Julia Calend. Xbribus anno CIↃ IↃ CIX.

Collegij Iuriſconſultorum in Academia Iulia profeſſores.

Digitized by Google

AD CONRADVM RITTERSHUSIUM V. CL.

ILIAS ut veterem te complectatur alumnum
Ipse satis memorat dive sacer ordo Themistos.
Nec, licet exanimus curis, et ateque multa
Obsit ipse tuas laudes reticere potis sim:
Ac, nisi dimossent Charites procul aurea templa,
Multo promptior hoc faciam, versuq; venusto,
Nempe favens nostre genti, non lividus unquam,
Demiror Sophien, ut oportet, in omnibus, omnem,
Precipuè nostros oculos qua luceat ante.
Improbitas per nos, demens ve insscitia, multa
Palleat invidia, contabescatque dolendo.
Nobile quando puer labentem carmen ad Ocram,
Hîc vel in Elmana, RITERUSI, valle canebas,
Non assurgebat temerè tibi musica pubes:
Primi etiam mystate dilexere sacrorum:
Et quia cecropium per te Latio ore loquentem
Munifica docte donabas mente Cohorti,
Omnis ab Oppiano jam te Germania novit,
Norunt Hesperii, Celtæ, Batavique, Britannique,
Et qui Christigenûm Musas reverentur in oris.
Hinc & amant, & te celebrant longo ordine primi,
Scaliger ante omnes, quia & omnibus ipse prærat,
Berssmanus, Rhodoman, Nathanes, Scipio, Bergas,
Remusque, Haschelusque, Baremusq;, Isaacesque,
Qui Musarum hodiè princeps oracula pandit,
Si senis hæc valeant in re quid verba Caseli:
Et nisi musa vetet plures in carmine ponam.
Tunc ibi te plausu ita commovêre theatri,
Imò animi prompti bonitas, quæ gloria prima est,
Hoc ut ab augusto nolles exsedere campo,
Vir juvenis, fugiens somni, toleransque laborum.
Non ea nunc referam, docta quæ multa juventa,
Iuratus Themidi, cuncta præclara dedisti.
Tu divini hominis procul à Pelusio Isi:
Dori opus huic sæclo donasti, largus in omnes,
Qui sat agunt animis devotis sæcula cœli.

Al me-

Digitized by Google

At modò quæ legum myſtæ tibi præmia debent,
Quando iterum Nearas profers ſub luminis oras,
Quinquagintà annis Stephanus quas regius antè
Ediderat, pulcras, & ab omni parte politas,
Tu magis illuſtras facibus tàm nobile templum,
Ut partes intro ſpiciant bene quæque novelli,
Gratantes ſibi ſeſe inter de luce ſerena:
Tu liquido renovas denſis obducta tenebris:
Tu ſcitè reſecas, quæ ſæpè hinc inde redundant;
Tu locuples largiris, ubi quid fortè deeſſet:
Iuſto quando loco quid abit, juſto ordine ſiſtis:
Denique te multa ſtudii vi vincis, ut olim
Perfecit doctam ſtatuam Polycletus ad unguem
Pergere te non ipſe vetem, jubeantq; frequentes
Fortè viri: ſed tu graviori conſule vitæ.
Sæpè operas ceſſare bonus velit ergo doctes,
Magno operi multo deinceps ut alacrius inſtent.

JOAN. CASELIUS.

ODE.

QVA VIRTVTEM, QVA ERUDITIONEM CL. VIRO, DN. CONRADO RITTERSHUSIO, JURISCONSULTO ET philologo præſtantiſſimo, Anteceſſori Altorphino meritiſſimo, Dn. & amico obſerv.

Quis ô ſororum numine Hyantidum
Plenus, tuba, ſat, RITTERUSI, & ſuper
Clangendo, virtutum tuarum
Pro meritis ſeriem celebret?
Quis condecenti tergeminis, tuum,
Honore vocis laudibus, atria

Adno-

Digitized by Google

Ad nomen usque astrata tollet
Ut satis atque super merere?
Natura pectus de meliore enim
Tibi metallo finxit, & insuper
Quidquid vel admirabile atque
Pulcrum habuit gremio repostum
Suo, Tibi instillavit id affatim:
Huiusque thesauri in penitissimo
Sedem recessu cordis esse
Dia tui voluit perenne.
Scientiarum hinc in genere omnium,
Quas urbs patrimæ virginis, & Remi
Excelsiore ardore mentis
Excoluere, agitas triumphum.
Hinc diæ in oras lucis amabiles,
Fœta ingenI vis omniscii Libros
Tui edidit, nos expetiscit
Post modò pluribus & beare:
In queis & Horæ, ac Eurynomes Trias,
Et quæ cerebro est progenita è patris
Pregnante, Divarumque dextras
Turma Novensilium abluerunt:
Queis uxor Alcidæ indomiti aurea
Hebe benignè mattya cœlitum
Adsperst, infuditque Peitho
Dapsiliter roseos liquores.
Salveto! terque, ô RITTERUSI, *& quater*
Salveto! per te Barbaria in fugam
Conjecta sese in Ditis antra
Cogitur interiora ut abdat.
Per te nec uno volnere sauciis
Scriptoribus vita & data sanitas,
Qui te suo Adsertore ceu post-
liminio revocati in auras
Hujus vicissim luminis, & decus
Sunt pristinum apti. Proin Tibi cirreâm
Nectit sororum Triga terna
Lacteolis manibus coronam.
Nec una tantum hæc gloria Te manet,
(Quanquam una non sit) nempe clues jubar
Reapse Diva grande, dextra
Quæ tenet hinc gladium, inde librum.

Negant:

Negant negare hoc ingenii enthei
Fœtus Tui : hoc & conſilia aurea
Teſtantur , hoc JUSTINIANI
Inſicias nec eunt NOVELLÆ :
Gens unicè nunc dedita quos Deæ
Inſtaque & Æquæ fert in ocellulis
Sinuque , amatque , exoſculatur,
Pectora queîs acido liquore
Perfuſa , ſummè in delitiis habent.
Non vanus augur dico : propè imminet
Fatale tempus , pictæ celſi
Cum vehet hos Zephyritis aura
Ad templa Olympi , interque micantia
Perennè ſiſtet ſidera ; quà modò
Doréum ad axem ſerta clarùm
Gnoſſiacæ radiant puellæ.
Te ſed , voluptas ô patriæ & Dices,
Medulla Suadæ, RITTERUSI,*decus*
Phœbique , doctarum & ſororum
Delicium , immo hominum Deúmque!
En ! Te locatum multi-coloribus
Dignè quadrigis , iam ultra Amathuſidos
Orbem , ſuo quà Iuno ſignat
Lactæ viam , indomito volatu
Superba ducit GLORIA *ad orgia*
Sanctæ monetæ : Tum tua nomina,
Tuòsque honores fama ſummos
Indocilis reticere clangit.
Altam tubâ , vox cuius ad extima
Per tranſit orbis climata , qua facem
Indus videt Phœbeam oriri,
Hæc & in Oceano viciſſim.
Mauruſio quà ſe occulit , & nigra
Qua gens arenas incolit Africas,
Et qua ſita eſt ipsâ ſub Arcto
Trans Cronium Nova Zemba marmor.
Quo Muſa tendis? quo furor impotens,
Amabilisque inſania te rapit?
Furentibus nî immane debes
Ludibrium Hippotadæ miniſtris,

Iam vela tandem contrahe turgida,
Remisque litus proximioribus
Lege, ingenI quid ſtulta nani
Maxima vis tenuare culpa?

Obſervantiæ & amoris ergo, JOAN. OELEMANUS Brunsvigius, Reip. Patriæ à ſecretis, in comitiis Ratisbonenſibus, Anni 1609. menſe Febr. facieb.

ALIVD.

Idus Lycei Norici, decus terræ
Urbisque ad Ocri turbidi ſitæ ripam
CONRADE RITTERSHUSI, *in arte quid poſſis*
Illuſtrium à tot ſeculis poetarum
Præter mele ſexcenta ſuavia & docta
Divina, priſcam quæ redolent venuſtatem,
Vel ſolus As tuus propheticus dicat.
Quid diligentiæ & laboris immenſi
Ponas in elegantibus repurgandis
Scriptis veterum, Tui ſatis ſuperque aiunt
Peluſiotes ac Cilix, Novellæque
Quæ prodeunt modò ſacri Imperatoris
Cui nomen à Iure atque Iuſtitia factum eſt.
Si fata vellent ut favente Lucina
Urbs prima Celtôn tot CASAUBONOS nobis
Reique litterariæ, tot Auguſta
HOESCHELIOS, *tot noſtra Saxonum tellus,*
Quîs illa mens & eius ingeni vires
Quales ineſſe cernimus tibi, ferret,
Quot Zopyros ſibi Darius optarat,
Quantum rediret litteris decus, quæ lux
Cultoribus ſapientiæ exoriretur!
Salv te vos tria lumina eruditorum,
Et plura tantis talibusque condigna
Viris in uſus publicos per otium
Veſtrum, quod Hercules negotium dici

Suo meretur jure maximo, detis;
Sic æviternam consequemini laudem.
Et singulorum nomina audient Euro
Austroque & Hespero & Trionibus septem
Subiecta regna, tuque ab omnibus tantò
Majorem inibis gratiam, ô Camenarum
Themidisque RITTERSHUSI amor sacerdosq;
Quantò peritis juris hoc Novellarum
Opus tuo editum labore curaque
Vix desinente, pluris æstimaturi,
Momo remoto Zoilisq;, creduntur.

RUDOLPHUS DIEPHOLDIUS Græcar.
litt. professor in Acad. Julia.

ALIUD.

Κεκροπιδῶν δέλτοι πινυτῇ καὶ Αυσονίων
Ανδρῶν, ἀλφηστέων τε δίκης, Ζοφίης θ' ὑποφητέων,
Σοὶ, Ριπερουσιάδα, κηλύδριλον κῦδος ὀπάσαν
Μυσοπόλων μυσῶν καθ' ὁμήγυιν, ἔνθα καὶ ἔνθα.
Καὶξ ἐτέων πολλῶν, χ' ἁπαλύχρου ἐκ νεότητος.
Ἔξοχα γὰρ φοῖβος φιλέεσκε σέγ', ἔξοχ' Αθήνη.
καὶ δώροισι πύκασσε φρένας Κυλλήνιος ἑρμῆς.
Δῖα δὲ καὶ Θέμις αἶψα, δίκης ἃ εἰδότα πάσης,
Ανδράσιν ἐν νομικοῖς ἔσησεν ὑπείροχον ἄλλων.
Ὁππανῶ φῶς ἠελίου πῦρες ἄυλις ἰκέσθαι,
Καινὸν ἐπαμφιέσασα κάλλος, νεοτεύχεά τ' αὐγήν.
Πέμψας καὶ Νείλου ἄποτον πηλήσιον ἄνδρα
Ες γῆν ἡμετέρην, πολὺ κρύτον λαμπελίωνος,
Ος διδαχῆς ἱεροῖς τοῖς γεφύρασιν ἐνεχείρεξεν
Χρήσιμα πολλ', αἰῶν βαθὺς τὸ πάρος περ ἐκρύφθεν.
Τεύχεα δὲ καὶ πάμπολλα παλαιῶν ἐξεπονήσας
Βίβλων τεύχεα καλὰ, κλέος τῶν ἀφθίτων αἰεί,
Οὔπω φθισίμβροτα καμάτου, ἐν αἰλυδὶς ἄλλῃ
Μυσῶν κ' ὀνομάσῃ δρᾶσαι θεσπέσιον ἀγαυόν.
Οὐδέ τι νῦν λήγας μείξω δέ τε σεῖο μέμηλεν,
Ωφοίβε κλέος, ὦ Θέμιδος, καὶ πατρὶς ἄσας!

Ωι Πιν.

Ὡς ἦεν, ὡς ἐχάρη Φοῖβ☉, πραπίδεσσι γεγηθώς,
Σοὶ δὲ χάρη Θέμις οἵδε, φίλη δέ τ' ὄπιαχε πατρίς,
Τῆλ' ἀνὰ Βρεττανῶν☉-πόλεως ἐριβόλακ☉ ἄρυ.
Ἣ γὰρ κάλεσῳ φωνῇ ἐπεδέξατο, ἠδ' ἀτίταλλε,
Χαίρει σοὶ τόσσον παύλῃ νυῶ κυδ☉ ἀρέσθαι.
Οὐδὲ πὶν ἐρίσσει ἰὼς ἄλλ☉ ξυμπατρίωτῶν
Παυλοίαις ἀρεταῖς, ἣ καὶ νημερτέα δόξαν.
Δῆθ' ἔλυ γὰν λάμψαις, ὡς αἰθέρι φαίδιμ☉ ἀστὴρ,
Ἔνθι Θεμιστίῳ, ἐνθ' ἱεροῖς τέμπεσι μεσέων,
Ἄλοπι μὲν μεσῶν κλέ☉, ἄλοπι δ' ἄυπε Θέμις☉.

Helmæſtadi in Acad.
Julia. f.

CONRADUS HORNEIUS
Brunsvicenſis.

ALIUD.

PIS MANIB.

CVNR. RITTERSHVSI IC.

ANTECESS. ACAD. ALTORPH.
Comp. & amici Summi, S.

BRUNSVIGA, *Saxonici decus magnum ſoli,*
Utroq; magni clara mundi climate,
Armis togaq; nobilis, Tibi PATRIA *eſt,*
CUNRADE; *ſed polivit Helmæſtadium,*
Anglipolis; & Vienna, fertiliſſima
Metropolis Auſtridos; Trebocûm *non minùs*
Academia, inſuperq; Charitinûm Schola
Tibi *ſalutate:* PALÆCOMES *ſuum*
Columen, Magiſtrum Iuris optimum, & Ducem
Certum juventæ habuit. Quid? Habuit, æde pol,
A cujus ore tota penderet λυτῶν
Grex lectus: atque haurire doctrinam ſacri
Iuris ſolebat: Quemq; adibat conſulens
Cohors clientum; nempe controverſiis

Natus XXIV Sept. 1560.

Quas Academias adierit Rittershuſius.

Docuit XXI. annos Altorphij, cum laude, &c.

Enuclean-

Digitized by Google

Eunucleandis promptus operam gnaviter
Nava veras, CUNRADE *Iustitiæ studens.*
Obiit XXIV. Maij 1613. Altorphii, ex phthisi. Omnibus bonis jacturam deplorantib.
AT, *nunc fuisti: Te que veris lacrumis*
Heu! plangimus. QUIN *pars tui melior, (bono*
Fato) superat. EN, *prodit hoc ingens* OPUS
Laboribus-sudoribus partum tuis,
Tuis vigiliis pol paratum: quod suâ
In æde consecrabit Æviternitas.
Vivis: memoria vivit orbe Nominis
Conrade toto, Phosphorus dum lampada
Phœbo nitenti præferet, dumque Hesperus
Titanias flammas sequetur. Sed: sat est.
Havete, Manes Sancti & inviolabiles:
Valete, Manes optimi & sanctissimi.

GEORG. REMUS JC. P. A. ἐς μνήμην ἀείμνηστον, ultimum persolvens officium L. M. Q.

IN NO-

Digitized by Google

IN

NOVELLARVM IVSTINIANI

EXPOSITIONE METHODICA

CVNRADI RITTERSHVSII IC.

Hæc tractantur, quæ sequens ostendet delineatio; cum singulorum capitum periochis sive summariis.

PROLEGOMENA

Totius tractatus, constant octo capitibus.

DE nomine *Novellarum*: Unde dicatur *Authenticum*: *Authenticum* & *Authentica* quid differant: Authenticæ à quo, quando & quare Codici Justiniani sint insertæ: De vocabulo *Collationum*.

II. De Auctore Novellarum JUSTINIANO: & qui vel ante, vel post ipsum Novellas ediderint: Qua lingua Novellæ originaliter sint conscriptæ, & quo tempore. Obiter etiam de Triboniano, & Joanne Præfecto Prætorio, historica quædam ex Procopio & aliis repetita.

III. De occasione & origine Novellarum: item de natura legum, & rerum humanarum conditione.

IV. De Novellarum Justiniani variis editionibus, versionibus, Interpretibus, Glossatoribus, quà veteribus, quà recentibus.

V. De utilitate Novellarum & difficultate eas explicandi; & causis difficultatum illarum & quomodo illæ difficultates ac salebræ possint superari.

VI. De XV. summis rerum Capitibus, ad quæ ferè quicquid in opere Novellarum occurrit memoratu dignum, possit referri.

VII. De ratione interpretandi Novellas.

VIII. De idoneo auditore Novellarum.

NOVELLARUM PARS PRIMA,

DE JURE PUBLICO DIVINO, SIVE SACRO, quà in personis, quà in rebus,

Capita habet X.

I. De sacris Bibliis, eorumque Interpretibus, & Lectione, & de libris Canonicis.

II. De quatuor sanctis Conciliis Oecumenicis, & paucis aliis, quæ statim sunt secuta: quid item in unoquoque Concilio maxime sit observandum.

Digitized by Google

III. De fide Catholica & Orthodoxa & quod Imperator de rebus Ecclesiasticis aliquid statuendi jus habuerit, *adversus Andr. Fachinei controversiam.*
IV. De mysteriis sacris.
V. De Litaniis.
VI. De personis sacris, & primò quidem de Monachis.
VII. De Episcopis, Presbyteris, Diaconis & aliis Clericis, *ad nov. 6. 123. 131. & 137.*
VIII. De rerum sacrarum differentia & jure, & quæ aut quatenus alienari obligarive possint, *ad nov. 7. 40. 46. 54. 65. 119. 120. 131.*
IX. De Religiosis & jure sepulchrorum.
X. De Hæreticis.

NOVELLARUM PARS SECUNDA.

DE JURE PUBLICO HUMANO, quod tùm in Legibus, tum in magistratibus spectatur.

Capita habet duo tantum, sed satis prolixa.

I. De Legibus & mandatis principum.
II. De magistratibus.

NOVELLARUM PARS TERTIA.

Inchoans JUS PRIVATUM, & quidem primò explicans CONTRACTUS partim principales, partim accessorios: & contractuum adminicula, &c. ut Usuras, fœnus, antichresin, mensuras & pondera, &c.

Capita habet XV.

I. De tractatibus principalibus, ut Mutuo, & Depositо: Item obiter ac remissive de Emphyteusi.
II. De contractibus accessoriis, & primùm quidem de Fidejussoribus, &c. tùm de pignoribus & hypothecis.
III. De Solutione *ad Auth. hoc nisi, C. de solut.* Et obiter de cessione bonorum, cujus differentiæ à datione in solutum declarantur, *ad nov. 4.*
IV. De intercessionibus mulierum, *ad nov. 61. & 134. c. 8.* junctis *Auth. sive à me:* & *Auth. si qua mulier. C. ad SC. Vellei.*
V. De constituta pecunia, *ad nov. 115. c. ult.* sive *ad auth. si quando. C. de constitut. pec.*
VI. De duobus reis *ad nov. 99. & auth. hoc ita, C. de duobus reis.*
VII. De pignorationibus, *ad nov. 52. c. 1. & Auth. sed omninò, C. ne uxor pro marito, & nov. 134. c. 4.*
VIII. De hypotheca militiarum, *ad nov 53. c. 5. & nov. 97. c. 4. & auth. quod obtinet. C. de pignor.*
IX. De usuris, *ad nov. 121. & nov. 138. & nov. 160.*
X. De Agricolarum usuris & antichresi, *ad nov. 52. & duas seqq.* junctis *auth. ad hæc qui fructus. C. de usur.*

XI. De

Digitized by Google

XI. De nautico fœnore, *ad nov. 106. & 110.*
XII. Adhuc alia de usuris, *ad nov. 131. c. 11. & 136. c. 5.*
XIII. De commerciis & mercatoribus, *ad nov. 122. & Edictum Justiniani. 6.*
XIV. De hortulanis & hortorum conductione atq; æstimatione, *ad nov. 64.*
XV. De mensuris & ponderibus, *ad nov. 128. c. 15.*

NOVELLARUM PARS QUARTA.

Complectens explicationem earum Novellarum, quæ agunt DE NUPTIIS, tàm contrahendis, quàm dissolvendis: nec non de Concubinatu, de Liberorum differentia ac jure: deque modis legitimandi liberos.

Capita habet XIV.

I. De utilitate matrimonii, & quid sit, quod faciat nuptias.
II. De distinctione Nuptiarum duplici: & de injustis Nuptiis primùm: *ad nov. 12. & nov. 89. c. ult. & ad nov. 154. & ad nov. 139.*
III. De secundis nuptiis *ad nov. 2. & 22. cum aliis quibusdam locis aliarum nov.*
IV. Adhuc de secundis nuptiis.
V. Quid juris sit de bonis propriis Conjugis nuptias iterantis.
VI. De reliquis secundarum nuptiarum pœnis & coercitionibus.
VII. De modis solvendi matrimonii. *ad nov. 22. c. 4. cum multis seqq. & ad nov. 117. cum nov. 140. quæ tamen est Justini Secundi.*
VIII. De repudiis. *Adhuc ad easdem Novellas 22. & 117.*
IX. De jure Canonico, & moribus nostris circa solutionem matrimonii.
X. Exponuntur aliquot casus, quibus non possit Conjunx conjugem de adulterio accusare, neque repudium mittere.
XI. De matrimonio per mortem soluto; & de quibusdam aliis quæstionibus, remissivè.
XII. De Liberorum differentia & legitimatione, *ad nov. 74. & 89. cum aliis concordantibus.*
XIII. De partu legitimo, *ad nov. 39. cap. 2.*
XIV. De matrimoniis Clericorum & Sacerdotum.

PARS QUINTA METHODICÆ NOVELLARUM expositionis:

In qua agitur DE DOTIBUS ET DONATIONIBUS PROPTER NUPTIAS: nec non de aliis ad donationes pertinentibus.

Capita habet XV.

I. *Ad nov 97.*
II. De augmento dotis in fraudem creditorum mariti non faciendo, *ad partem secundam d. nov. 97.*
III. De privilegio prælationis, mulieri in dote repetenda competente, *adhuc ad nov. 97. c. 3. & 4.*

Digitized by Google

IV. De dote filiæ iterum nubentis per patrem non minuenda, *ad cap. 5. nov. 97. & Auth ſed quamvis. C. de rei uxor. action.*

V. De collatione dotis: nec non de repetitione dotis conſtante matrimonio, *ad cap 6. nov 97. & ad Auth quod locum habet, C. de collat.*

VI. De collatione bonorum, *ad nov. 18. cap. 6. & ad Auth. ex teſtamento, C. de collat.*

VII. De duarum dotium debito, & de eo, qui dotem accipere non vult, *ad nov. 91 & Auth. ſi quid ex rebus, C qui pot. in pign. hab.*

VIII. De dote cauta & non numerata, *ad nov. 110. & Auth. quod locum habet, C. d. t. de dot. caut.*

IX. De prohibita alienatione & obligatione dotis & donationis propter nuptias in rebus immobilibus conſiſtentis, *ad nov. 61. & Auth. ſive ame, C. ad SC. Velleianum.*

X. De inſinuatione dotis vel donationis propter nuptias, *ad nov. 119. & ad nov. 127* juncta *Auth. eò decurſum. C de donat. ant nupt.*

XI. De donatione Principi facta non inſinuanda, *ad nov. 52. c. 2.* junctâ *Auth. Item & à privatis, C. de donat.*

XII. De donatione inter virum & uxorem, *ad nov. 162. c. 1.*

XIII. De immenſis donationibus parentum collatis in liberos, *ad nov. 99. & Auth. unde & ſi parens, C. de inoff. teſtament.*

XIV. De lucris nuptialibus, *ad nov. 98.* junctâ *nov. 177. c. 3. & auth. uxore,* cum *auth. ſi tamen, C. de ſecund. nupt.*

XV. De donis liberorum, *ad 117. in pr. & nov 118. c. 2. & nov. 134. c. 11.* junctis *auth. excipitur, & duabus ſeqq. Cod. de bon' quæ lib.*

PARS SEXTA NOVELLARUM METHODICA expoſitionis.

Quæſt DE TESTAMENTIS, de aliis quibusdam eò ſpectantibus.

I. De Teſtamentorum origine & diviſione, *ad nov. 22. c. 2. §. diſponat. & ad nov. 1. c. 4 §. ultim.* denique *ad nov. 119. §. quia verò* junctâ *auth. & non obſervato, C. de teſtam.*

II. De teſtamento parentum inter liberos, *ad nov. 18. c. 8. & nov. 107* juncta *auth. ſi modò. C fam. erciſc. & auth. quod ſine & auth. inter liberos, C. de teſtam.*

III. De inofficioſo teſtamento & de cauſis legitimis exheredationis, *ad nov. 115. c. 3. & 4.* junctâ *auth. non licet. & auth. ex cauſa, C. de liber. præter.* nec non *auth. in teſtamento, C. ad SC. Tertull.*

IV. De legitima & eius quantitate, cæteriſque juribus: inprimis *ad nov. 18. de Triente & ſemiſſe, & ad auth. noviſſima, C. de inoff. teſtam.*

V. De Falcidia, *ad nov. 1. c. 2. & auth. ſed cum teſtator, C. ad l. Falcid.* junctis *duabus auth. ſ. qq.* quarum una ſumitur *ex nov. 119. c. 11.* altera *ex nov. 131. c. 12.*

VI. De pœnis eorum, qui non implent ultimam voluntatem defuncti, *ad eand. nov. 1. c. 1. & auth. Hoc amplius, C. de fideicommiſſ.*

VII. De

Digitized by Google

VII. De jurejurando à moriente præſtito propter menſuram ſuæ ſubſtantiæ, *ad nov.48.* cum *auth Quod obtinet.C.de probat.*

VIII. De inventario: rurſus *ad nov.1.& auth.Sed cum teſtator.C. ad L. Falcid.*

IX. De reſtitutione hereditatis fideicommiſſariæ: ſive potius in genere, & jure earum rerum, quæ obnoxiæ ſunt reſtitutioni, ſive ſint legata ſive fideicommiſſa; & hæc ſive ſint univerſalia ſive ſingularia: *ad nov.39. & nov.108.* junctâ *auth.res quæ,C.comm.de legat. & fideicom.*

X. Species facti, ſive caſus memorabiles duo, ex quibus natæ ſunt *nov.39 & 108.* junctâ unâ quæſtione *ex nov.108.* motâ.

XI Quæſtiones quædam illuſtriores de bonorum reſtitutioni obnoxiorum, ſeu fideicommiſſo gravatorum, alienatione.

XII. De prohibitione alienationis à teſtatore factâ, quousque ſe extendat, *ad nov.159.*

XIII. Obſervata & quæſita quædam, *ad eandem nov.159.*

XIV. De legatis divino nomini relictis; vel ſancto cuipiam ſive Martyri, *ad nov.131.c.9.* (quibusdam eſt cap.8.) *ſi quis in nomine,* cum *2 ſeqq. capp.*

PARS SEPTIMA METHODICÆ. NOVELLARUM expoſitionis.

DE SUCCESSIONE LEGITIMA, ſive de hereditatibus quæ ab inteſtato deferuntur.

Capita habet XXII.

Quibus præmittitur procœmium.

I. Præliminaria quædam, & evidentialia ad totam hanc materiam ſucceſſionis ab inteſtato.

II. In quo eſt catalogus plerorumque omnium, qui de ſucceſſione ab inteſtato ſcripſerunt.

III. De variis ordinibus ſuccedentium ab inteſtato, *ad in.tium nov.118.* & de quibusdam perſonis à ſucceſſione ab inteſtato removendis.

IV. De primo ordine ſuccedentium ab inteſtato; videlicet deſcendentium.

V. De varietate liberorum: & primùm, quomodo liberi naturales, tum patri, tum matri ex jure noviſſimo ſuccedant.

VI. Quomodo ſuccedant parentibus liberi legitimati per ſubſequens matrimonium, & per reſcriptum principis, *ad nov.74.& 89.* junctis *aliquot authenticis. C.de natural.liberis.*

VII. Quomodo ſuccedant liberi adoptivi; qui vulgò, legitimi tantùm, dicuntur.

VIII. Quomodo ſuccedant liberi ſpurii, item liberi inceſtuoſi, aliique ex damnato complexu procreati.

IX. Quibus caſibus liberi à ſucceſſione parentum repellantur & arceantur: ubi etiam de renunciatione futuræ hereditatis.

X. De ſucceſſione aſcendentium.

Digitized by Google

XI. De ſucceſſione patrum aliorum, qui non ſunt naturales & legitimi ſimul.

XII. Quomodo & ex quibus cauſis jura ſucceſſionum aſcendentibus vel adimantur vel minuantur.

XIII. De tertio ordine ſuccedentium, videlicet propinquorum à latere ſeu ex transverſo conjunctorum defuncto; Die jhm von der Seiten oder Zwerchlini verwandt ſeindt.

XIV. Reſumitur ſuperioris capitis enunciatio undecima, videlicet, filios fratrum, quando ſoli ſunt, in capita & non in ſtirpes ſuccedere patruo ſuo: eaq; ſententia pleniùs & auctoritatibus & rationibus communitur: contrariis quoque reſpondetur argumentis.

XV. An & quomodo alii fratres & cognati ſuccedant ab inteſtato, qui non per juſtas nuptias defuncto conjunguntur.

XVI. De ſucceſſione viri & uxoris.

XVII. Rurſum de ſucceſſione conjugum, *ad nov. 53. & nov. 117. & 127.* item *74.*

XVIII. Adhuc de ſucceſſione conjugum, & de pactis dotalibus; nec non de ſtatutis circa hanc rem.

XIX. De ſucceſſione fiſci.

XX. De aliis quibusdam legitimæ ſucceſſionis ſpeciebus, ex Novellis.

XXI. Communia quædam utriuſque ſucceſſionis teſtamentariæ ſcilicet & legitimæ: & primùm *ad nov. 158.* de jure deliberandi & aditione hereditatis transmittenda ab impubere, cui delata eſt hereditas, ſed priusquam adiret, mortuo.

XXII. De collationibus inter heredes faciendis, Von einwerffung der Güter. *ad nov. 18. c. 6. & auth. ex teſtamento. C. de collat.* Et obiter quoque de minore 25. annis petente reſtitutionem adverſus aditionem hereditatis, quam ſemel fecit, *ad nov. 119. c. ad hæc quoq;*.

PARS OCTAVA METHODICÆ NOVELLARUM expoſitionis:

Quæ eſt de TUTELIS & CURATIONIBUS:

Capita habet Novem.

Quibus præmittitur PROOEMIUM de ratione ordinis, & de Novellis quæ huc pertinent.

I. Qui tutores eſſe poſſint, vel non poſſint: Ac primùm de tutela clericorum *ad nov. 123. c. 5. & auth. Presbyteros, C. de Epiſcop. & Cleric.*

II. De tutela matris & aviæ. *ad nov. 118. & nov 94. c. 2.* juncta *auth. Matri & aviæ* cum *auth. ſacramentum. C. quando mulier tutela. off fungi poſſit.*

III. An ſi quis debitor vel creditor ſit pupilli, eiusdem poſſit eſſe tutor. *ad nov. 72. & auth. minoris debitor. l. qui dar. tutor. vel curat. poſſ.* item *ad nov. 94.* juncta *auth. Ad hæc, C. quando mulier. tut. off. fung poſſ.*

IV. Quæ-

Digitized by Google

IV. Quæstiones aliquot insignes & utiles, ad uberiorem explicationem *nov. 77.* & *94.* item *ad d. auth. minoris debitor*, pertinentes.

V. De officio Tutorum; & primùm de Jurejurando: de inventario conficiendo: de satisdatione: de prohibita cessione actionum, in personas Tutorum vel Curatorum contra pupillos vel minores. *Ad d. nov 72. c. 5. & 8.* item *ad d. nov. 94.* Et rursus. *ad auth. minoris debitor, vers. sed si actionis cessionem, C. qui dar. tutor. &c.*

VI. De administratione pecuniæ pupilli vel adolescentis: de fœneratione pecuniæ pupillaris, eiusque collatione in comparationem prædiorum. Et quid si Tutor pecuniam pupilli in suos usus convertat, puta sibi per eam negotiando. Rursus *ad nov. 76. c. 6. 7. & 8.* junct *auth. novissime. C. de administ. tut.*

VII. De obligatione ad reddendas tutelæ rationes, quas mater reddere etiam tenetur liberis, quorum tutelam administrauit: item de in integrum restitutione, quæ liberis adversus matrem quoque post secundas ejus nuptias competit, si ab ipsa fuerint circumscripti, & adhuc intra tempora restitutionum constituti. *ad nov. 155.*

VIII. De aliis quibusdam Novellarum locis, ubi tutelæ vel curæ præterea fit mentio.

IX. Miscellaneæ quædam observationes de tutela & tutoribus, itemque curatoribus: nec non differentiæ quædam Juris Saxonici & consuetudinarii, à civili.

PARS NONA METHODICÆ NOVELLARUM expositionis:

Quæ illa continentur, quæ agunt de JUDICIIS, *deque rebus in judicio tractari solitis. Hæc omnium est prolixissima & capita habet XXXII.*

Quibus præmittitur Proœmium de Commendatione Judiciorum.

I. Continens Catalogum celebriorum scriptorum, qui de ordine Judiciorum sive processu, quem vocant, judiciario, aliquid sunt commentati.

II. Summa & ordo eorum quæ de Judiciis, rebusq; eò pertinentibus, in hac nona parte ex Novellis hinc inde collecta tractabuntur.

III. Generalia quædam de judiciis; & inprimis quàm variæ sint hujus verbi notiones: quid sit judicium, & quotuplex.

IV. De personis, quæ judicio vel semper vel plerumq; interveniunt.

V. Judicis Etymon, & alia nomina: item differentia eius à Lege, à Magistratu, & Arbitro.

VI. De judicis persona & officio, deq; recusatione suspecti. *ad nov. 82.*

VII. De relationibus judicum aliquando permissis, tandem verò prohibitis: maximè *ad nov. 125.* & *auth. Novo jure. C. de relat.* item de referendariis.

VIII. De assessoribus, & de advocatis.

IX. De

Digitized by Google

IX. De Actore & de Procuratoribus *ad nov. 117. c. ult. & auth. qui semel actionem. C. quomodo & quando judex*; item, *ad nov. 71. & auth. hoc jus stabit, C. de procuratoribus.*

X. De foro competente, cùm sacrarum tùm secularium personarum *ad nov. 53. 69 79. 83 & 123. c. 8.* junctis *Authenticis inde sumtis.*

XI. De in jus vocando seu citatione *ad nov. 53 96. & 112.*

XII. De Libelli oblatione *ad nov. 53. & auth. offeratur. C. de lit. contest.*

XIII. De satisdationibus seu cautionibus, maximè Actoris. *ad nov. 53. 96. 112.* cum *auth. Generaliter. C. de Episc. & cler. & auth. Libellum, C de lit. contest.* Obiter etiam de cautionibus quas præstare tenetur Reus: item de cautione procuratoris, &c.

XIV. De Dilationibus, *ad nov. 53. c. 2.* junctâ *auth. quod fieri. C. de dilation. & ad nov. 115. c. 2.*

XV. De contumacia ejusque pœna maximè *ad nov. 53. 69. 96. & 112. c. ult.* junct. *auth. Qui semel. C. quomodo & quando judex. &c.*

XVI. De Litis contestatione, *ad nov. 53. c. 3. & auth. offeratur. C. de Edendo.*

XVII. De Reconventione, *ad nov 96. c. 2.* juncta *auth. & consequenter. C. de sent. & interlocut.*

XVIII. De Litigiosis, *ad nov 112.* juncta *auth. Litigiosa res. & auth. Nunc si heres. C. de Litigios.*

XIX. De Jurejurando calumniæ, *ad nov. 94. & nov 124.* junctis *auth. Hoc sacramentum, & auth. in isto juramento. & auth. Principales. C. de jurejur. propter calum. dando.*

XX. De aliis quibusdam speciebus jurisjurandi. *ad nov. 8. & nov. 48. nov. 51. & nov. 72.* item *ad nov. 1.*

XXI. De probationibus in genere: nec non de præsumptionibus, quarum exempla quædam ex *nov. 22. 39. & 136.* colliguntur & exponuntur.

XXII. De Testibus *ad nov. 90.* junct. *auth. Ac qui semel. C. de probat. & auth. sed etsi quis. C. de testib. & auth. apud eloquentissimum, C. de fid. instrum.*

XXIII. Adhuc pauca de Testibus, *ad nov. 45.*

XXIV. De probatione per instrumenta, sive de fide Instrumentorum, *ad nov. 44. 47. & 73.* cum *auth. inde sumptie sub ti. C. de fid. instr. & sub rit. C. qui pot. in pign.*

XXV. De comparatione literarum, & inficiatione Chirographi, *ad nov. 73. & 49. & 18. c. 5.*

XXVI. De Tabellionibus seu Tabulariis, qui vulgò Notarii dicuntur. *Rursus ad nov. 44.*

XXVII. Rursum de Instrumentis, *ad nov. 119. & auth. si quis. C. de Edendo.*

XXVIII. De sententia seu re judicata, *ad nov. 82. §. ult. & nov. 113.*

XXIX. De executione sententiæ, *ad nov. 96.*

XXX. De Cessione bonorum, *ad nov. 135.*

XXXI. De fructibus & litium Expensis & sportulis, *ad nov. 8, 17, 57, 82, 86, 112, & 124.*

XXXII. De Apostolis.

PARS

Digitized by Google

PARS DECIMA NOVELLARVM EXPOSITIONIS Methodica,

Quæ eſt de APPELLATIONIBUS, *ſive de ſecundis Iudiciis: & obiter de aliis etiam reſcindendæ ſententiæ remediis nec non de quibusdam utriuſq; inſtantiæ communibus.*

Capita habet Novem, quibus præmittitur procemium, de origine & utilitate appellationum: Item de Nov. & Auth. huc pertinentibus.

I. Continens expoſitionem, *nov.* 23.
II. De appellationibus quinque Provinciarum *ad nov* 41. & 50.
III. De temporibus appellationum, *ad nov.* 49. *c.* 1. & *nov.* 39. junctis *auth.* quæ inde ſunt decerptæ *ſub tit. C. de temporib. & reparation. appellat.*
IV. Quis à quo appelletur, *ad nov* 82. *c.* 12. & *nov.* 119. *c.* 5.
V. Secundum quas leges ſit judicandum in cauſa appellationis. *ad nov.* 115. *c.* 1.
VI. Expoſitio *nov.* 126.
VII. Oeconomia totius doctrinæ de Appellationibus.
VIII. De aliis quibusdam remediis Appellationi cognatis, quibus ſententiæ & rei judicatæ effectus impeditur vel ſuſpenditur.
IX. De quibusdã utriusq; inſtantiæ ſive primi & ſecundi judicii, communib.

PARS VNDECIMA METHODICÆ NOVEL EXPOSITIONIS,

Quæ eſt de PRAESCRIPTIONIBUS: *Capitibus tribus abſolvitur.*

I. De Centenaria præſcriptione *ad nov.* 9. *III.* & 131. *c.* 2. junct. *auth. quas actiones. C. de Sacroſ. Eccl.*
II. *Ad nov.* 119. *c.* 7 *rurſus*, & *c.* 8 de præſcriptione: juncta *auth. malæfidei.* & *auth. quod ſi quis. C. de præſcript longi temporis.*
III. Quæ præterea ad præſcriptionum materiam pertineant, remiſſivè.

PARS DVODECIMA METHODICÆ NOV. EXPOSITIONIS,

Quæ agit de DELICTIS ET CRIMINIBUS, *Capitibus conſtat XVI.*

Quibus præmittitur PROOEMIUM de ordine capitum hîc tractandorum.

I. Continens Catalogum eorum, qui de criminibus ſcripſerunt.
II. De blasphemia, *ad nov.* 77.
III. De mala Reipub adminiſtratione. *ad nov.* 8.
IV. De concuſſione. *ad eandem nov* 8.
V. De Adulterio. *ad nov.* 117. *cap. ult.* & *nov.* 134. *cap.* 10. & 12. cum *auth. ſed novo jure* & *auth. ſi quis ei quem. C. ad L. Iul. de adult.*
VI. De injuſto repudio. *ad nov.* 134. *c.* 11.
VII. De Lenocinio *ad nov.* 14.
VIII. De Jurejurando mulierum ſceleſtarum. *ad nov.* 51.
IX. De ſtupro & ſodomia *ad nov.* 77. & 141.
X. De Inceſtu *ad nov.* 139.
XI. De raptu mulieris *ad nov.* 143. & *nov.* 150.
XII. De Eunuchiſatione ſ. u caſtratione: deque pœna talionis. *ad nov.* 142.
XIII. De vi publica. *ad nov.* 17. & 145.

Digitized by Google

XIV. De Expositione infantium. *ad nov.153.*
XV. De extraordinario quodam crimine ἀργίας, sive otii ignavi. *ad nav.80.*
XVI. Generalia quædam de criminibus, & accusationibus & foro competente. *ad nov.69.* junctâ *auth.quæ in provincia. C. ubi de crimin agi oport.*

PARS TERTIA DECIMA METHODICÆ NOVELLARUM expositionis.

Continens brevem tractatum de PŒNIS.

Capita habet septem, præmisso Proœmio de ordinis ratione.

I. De pœnarum fine & utilitate: item in quos illæ habeant locum.
II. De distinctione & moderatione pœnarum. *ad nov.134.c.ult.*
III. De pœna furum & grassatorum, *ad eandem nov 134.c.ult.* junctâ *auth.sed novo jure. C. de serv.fugit.*
IV. De pœna publicationis bonorum seu Confiscationis, quando ea locum habeat vel non: Rursum *ad nov.134. c.ult.* junctâ *auth. bona damnatorum. C de bon.proscript.*
V. De inquisitione facinorosorum per ipsos judices, non per latrunculatores vel Biocolytas facienda. *ad nov.8.cap.13. interdicimus. & 128.c.21. jubemus.*
VI. De pœna earum, qui vel ægrotantibus & animam agentibus, vel reliquis defunctorum, quos sepultura prohibent, injuriam faciunt, prætextu crediti consequendi. *ad nov.60. & auth. idem qui domum. C de sepulc. viol.* junct. *nov. 115.c.5. & auth. sed neq. C. eod. tit.*
VII. De pœnis Ecclesiasticis. *ad nov.123.c.11. omnibus.*

PARS DECIMAQVARTA METHODICÆ EXPOSITIONIS Novellarum.

Quæ ea, quæ de re MILITARI *agunt, collecta explicantur.*

Capita habet Sex: quibus præmittitur proœmium, ad commendationem hujus materiæ, & quo Novellæ huc pertinentes recensentur.

I. Quinam potissimùm auctores de re militari scripserint.
II. Præceptum militare unum atque alterum. *ad nov.17. & 33.*
III. De Jure postliminii. *ad nov.36.*
IV. De armis & eorum jure; nec non de Scholis Fabricensium ac Militiis. *ad nov.85.*
V. De interdicta militibus privatorum negotiorũ administratione. *ad nov. 116.*
VI. De transitu militum. *ad nov.130.*

PARS DECIMAQVINTA ET VLT. NOVELLARVM EXPOsitionis methodica.

De IURE FISCI, *& de vectigalibus: Item de operibus publicis, & similibus.*

Caput habet unicum, quo enumerantur Novellæ huc pertinentes: quarum uberior explicatio remissivè ab aliis peti jubetur. & toti huic operi colophon imponitur.

EXPO-

Digitized by Google

EXPOSITIO NOVELLARVM IVSTINIANI, AVCTORE CUNRADO RITTERSHUSIO.

PROOEMIUM TOTIUS OPERIS.

SUMMARIA.

1 *Occasio huius operis.*
2 *Propositum τῶν προλεγομένων ad Novellas.*
3 *Capita prolegomenorum.*

ROgatus † à ſtudioſiſſimis aliquot Jurisprudētiæ juvenibus, ut in 1
ipſorum gratiam & ſperatam utilitatem, conficerem ac traderem ſummariam quandam expoſitionem Novellarum Juſtiniani, quę in Academiis publicè perrarò explicari ſolent: recepi in me hunc laborem, quantumlibet arduus ille videretur, & perdifficilis: ut taceam, quòd ipſe aliis ſubinde rebus occupatus eſſem. Sed vicit apud me illa ratio: debere me petentibus rem honeſtam gratificari quoquo pacto, inſerviendo honeſtiſſimæ voluntati, & enixæ petitioni ornatiſſimorum juvenum: ex qua non obſcurè magnus diſcendi ardor appareret, magnaque cupiditas, quam Salvius Julianus, egregius Juriſconſ. & Edicti perpetui conditor (ſic appellatur *in l. pen. C. de condict. indeb.*) ſolam vivendi rationem optimam ducebat: & quidem in annum ætatis octavum & ſeptuageſimum continuabat, *ut eſt in l. 20. apud Julianum. ff. 20. de fideicom. libert.* † Sed ne ad tantam rem ſine juſta præ- 2
paratione aggredi velle videamur; conveniens eſt, quædam præmittere προλεγόμενα, in quibus hiſtorica quædam ineruntnon minùs utilia quàm jucunda.

† Capita erunt iſta: 3

I. De nomine *Novellarum* tàm Græco quàm Latino. Item unde dicatur *Authenticum*: & quid apud Dd. vulgò ſit diſcriminis inter *Authenticum* & *Authenticam*. unde item *Collationes* vulgò appellentur.

II. De autore hujus operis Imperatore Juſtiniano: quando & qua lingua id conſcripſerit: quem item ordinem hoc opus obtineat in corpore Juris Civilis. Denique quinam præter ipſum Imperatores Novellas ediderint, vel anteriore vel poſterioretempore.

III. Quid cauſæ habuerint Impp. ſive Legumlatores, ut tot Novellas promulgarent; ſive de occaſione & origine Novellarum. Ubi de natura LL. & rerumhumanarum pulchra occurret conſideratio.

IV. De variis hujus operis editionibus & translationibus, atque interpretibus ſive gloſſatorib. ſive commentatoribus, quà veteribus, quà recentibus.

V. De utilitate ſimul & difficultate explicandi Novellas: de que hujus difficul-

tatis causis, & via ac ratione si non omninò, at quadantenus saltem illam superandi.

VI. De summis rerum capitibus, ad quæ ferè quidquid in Novellarum opere occurrit memoratu dignum, non incommodè referri possit.

De his igitur sex capitibus ordine & breviter pro re nata dicam. Attingam etiam quasi in appendice, tùm qua ratione interpretandi fim usurus: tùm quis idoneus Novellarum auditor esse videatur.

CAP. I.

De nomine NOVELLARUM *tàm Græco quàm Latino: Item unde dicatur* AUTHENTICUM: *& quid apud Dd. vulgò sit discriminis inter* AUTHENTICUM *&* AUTHENTICAM: *unde item* COLLATIONES *vulgò appellentur.*

SUMMARIA.

1 *Novellæ* λλειπτικῶς *dicuntur.*
2 *Novellarum nomen etiam ante has Novellas frequentatum.*
3 *Duplex editio Codicis Iustiniani.*
4 *Prima causa Codicis denuò edendi.*
5 *Secunda causa Codicis iterùm edendi.*
6 *Novellæ quæ olim dictæ, & quæ dicendæ sint, ac dicantur, hodiè.*
7 *Novellæ quid sint.*
8 *Novella non semper jus novum, & veteris correctorium introducunt.*
9 *Quid sibi velit appellatio Collationis Authenticorum.*
10 *Authenticum quid vocetur, eiusq; origo.*
11 *Authenticum dicitur etiam exemplar, sive exemplarium.*
12 *Conciliatio l. 10 ff. testam. quemad. aper. cum l. alt. eod. tit.*
13 *Discrimen inter exemplar & exemplum.*
14 *Iuliani Antecessoris Constantinop. epitome Novellarum Iustinianearum.*
15 *Earundem Novellarum translatio Latina plenior.*
16 *Hæc, Authentici & Authenticorum appellatione insignita.*
17 *Authentica quid: & de Irnerio.*
18 *Novellarum in unum corpus collectio post mortem demùm Iustiniani facta.*
19 *Collationes unde dictæ.*
20 *Authenticorum in Collationes, & Collationum in titulos distributio: & citatio diversa Novellarum.*
21 *Novellarum opus est mirificum.*

---

1 AD Novellarum appellationem quod attinet: non est dubium † ἐλλειπτικῶς dici *Novellas*: ita, vt oporteat subaudiri, *Constitutiones*, sive *Leges*, vel etiam *Decisiones*. Quomodo & Græci νεαραὶ διατάξεις pleniùs
2 vocant. † Sæpè autem Iustinianus Novellas nominavit etiam antè quàm has, de quibus nunc ex professo agimus, vel concepisset, vel peperisset, vel promulgasset. Sic enim legimus: Novellas Constitutiones *in constitutione Iustiniani de Nov. Cod. faciendo, §. 2. quibus specialiter. & in constitutione de Justin. Cod. confirmando §. 3. hujusmodi igitur.* Item *in constit. de emendat. Cod. Justin. §. 2. sed cum Novellæ, & §. 4. his igitur.* Item *l. 29. quoniam Novella constitutio & l. 34. si quis filium. in f. C. de inoff. test.* Sic Novellam legem vocat Imperator *in l. jubemus, in fin. C. de testam.* Sic Novellas decisiones, *in constitutione de emendat. Cod. Just.*

Digitized by Google

Just. d. §. 2. sed cum Novellæ. & Novellas interpretationes. *l. 5. C. de Legibus.*

† Sciendum est autem, Imperatorem Justinianum bis edidisse Codicem 3
suum, & alteram eius editionem exemplo veterum appellasse *Codicem Repetitæ prælectionis*: ut est *in d. constitutione de emendat. Cod. Just. §. 3. supra d. in fin.* Ac prior quidem confectio Codicis, partim ex anteriorum principum, partim ex ipsius Justiniani constitutionibus constans, præcessit Pandectarum compilationem, ex antiquorum Jurisconsultorum libris ferè innumerabilibus factam.

† Quia verò in confectione Pandectarum, Triboniano ejusque laborum 4
sociis & collegis (qui sexdecim enumerantur *in constit. Dedit nobis Deus. tit. de confirmat. Digest. §. 9. quæ omnia.* quorum aliqui etiam adjutores fuerunt in Codice faciendo, ut videre licet *in constit. Summa reip §. 2. ad istum laborem*) subinde se offerebant variæ veterum Jureconss. dissensiones & controversiæ (est enim naturalis hominum facilitas ad dissentiendum & discordiam, ut præter quotidianam experientiam testatur Ulp. *l. 17. item si unus. § prin ff. recept. arbitr.* quæ etiam inter propinquos sæpe viget; teste Papiniano, *l. cum pater. 77 §. 10. dulcissimis. ff. legat. 2.* Unde etiam diversæ inter Jureconsultos sectæ extiterunt, ut notum est vel ex *Instit. §. item pretium. vers. a. versa schola. tit. de emt. & vend. §. is qui exequitur. vers. sed diversæ schol. instit. de mand.* has dissensiones & controversias à compilatoribus ad se relatas Imperator diremit atque composuit per 50. decisiones: quarum cùm alibi fit mentio; tùm *§. 1. constit. de emend. C. Justin.* Atque hæc una fuit causa iterandæ editionis Codicis, sive repetitæ prælectionis ejus, ne scilicet illæ 50. decisiones extra Corpus Juris vagarentur; & sicut fit, intercíderent paulatim; sed corpori reliquo insertæ, ejusque velut nova membra factæ, non solùm in plurium noticiam pervenirent; verùm etiam ad posteros una transmissæ perpetuò durarent. † Fuit & altera causa repetitæ prælectio- 5
nis Codicis scilicet quia præter illas 50. decisiones, alias quoq; plurimas constitutiones Imperator promulgaverat: quæ & ipsæ propter causas modò indicatas, erant reliquis constitutionibus aggregandæ, & corpori inserendæ. Quod satis indicat ipse Imperator *d §. 1. eiusdem constit. de emend. C. Just.* Fuerunt quidam in ea opinione, Codici aucto, recognito & interpolato, solas quinquaginta decisiones insertas fuisse. Verùm eos vehementer falli docet Franc. Balduinus *in Justiniano pag. 497.* scribitque, plusquàm ducentas novas constitutiones post editionem prioris Codicis in secundò editum Codicem relatas esse.

† Utriusque autem generis cõstitutiones *ibidem §. 2.* vocantur *Novellæ*: sci- 6
licet quia recentiores sive posteriores erant illis, quas prior editio Codicis complectebatur. Posteaquam verò posteriori Codici Justiniani (quem hodiè solum habemus) insertæ ac reliquis constitutionibus aggregatæ sunt: desierunt illæ jam esse Novellæ: neque rectè ita amplius vocabuntur nisi fortè ἀναφορικῶς, id est, relatione facta ad id, quod aliquando fuerunt, non quod hodiè sunt. Propriè autem Novellarum nomen illis constitutionibus conveniet; & illis solis adhæsit, quæ supervenerunt post Codicem repetitæ prælectionis, & tunc demum promulgatæ sunt. † Ex his intelligimus nihil aliud esse No- 7
vellas constitutiones sive παρὰς, quam posteriores aliquas leges, quæ prio-

Digitized by Google

& anterioribus ſuperadditæ ſunt. (Modeſtino *l. ultim. ff. conſtit. princip.* ſunt μεταγενέστεραι διατάξεις) ſive illæ prioribus derogent, ſive eas abrogent, ſive quid novi juris conſtituant, ſive etiam vetera & priora jura tantùm confirment.

8 † Nam ad ſubſtantiam Novellarum nihil eſt neceſſe, ut per eas ſemper novum aliquod jus, & veteris correctorium introducatur: cùm ſæpenumerò etiam illud jus quod antè obtinuit confirmetur ac renovetur, uſu ac neceſſitatibus reip. hoc exigentibus. Eſt enim legum quoddam ſenium (*Gell. lib. 20. c. 1.*) ut omnium ſublunarium, & maximè humanarum rerum: quod nonnunquam illis abſtergendum eſt, ſuoque reſtituendum nitori ac vigori priſtino: quod Leonem quoque Imp. in ſuis Novellis non tacuiſſe video. Ac videre eſt in longè plurimis Novellis nihil novi conſtitui, ſed tantùm jus anterius vel confirmari vel renovari: quod & Cujacius veriſſimè admonuit *initio ſtatim ſui commentarii ad Novellas*. De Novellarum quidem vocabulo tantùm.

9 † Quia vero hoc opus vulgò etiam inſcribitur *Collatio Authenticorum 1. 2. 3. &c.* de his quoque vocabulis, eorumq; origine pauca commone faciendi ſumus. † *Authent. cum* vocant deducto ex Græcia vocabulo, id, quod certæ atque exploratæ fidei eſt, quodque indubium habet autoritatem: à verbo αὐθεντεῖν, quod eſt pro autoritate imperare, etiam apud Paulum Apoſtolum, qui vetat mulierem viro αὐθεντεῖν, id eſt, imperium ſibi in ipſum arrogare. Quomodo & apud Cicer. *lib. 9. ad Att. ep. 17.* αὐθεντικῶς loqui, eſt imperioſè ſeu pro autoritate verba facere. Sic in jure modò legimus Authenticas tabulas, *apud Ulp. l. 4. §. ult. ff. fam. ercis.* Et Authenticas rationes, *apud eundem l. 8. Pompon. in prin. eod. tit.* Item Authenticum teſtamentum, *Ulp. l. ult. ff. teſt. quemad. aperiantur.* Denique Authenticum ſcripturæ alicujus, *Paul. l. 2. ff. de fid. inſtrum.* Quibus omnibus opponitur *Exemplum*, item *Index*: quorum illud in uſu forenſi apud Germanos

11 eſt Copey: hic Extract; ſicut iidem Authenticum vocant Das Original. † Authenticum autem alio nomine etiam *Exemplar* dicitur; ſive *Exemplarium*: ut

12 apud Ulp. *l. 10. ſi in duobus exemplariis. ff. teſt. quemad. aper.* † Quæ lex (quod obiter moneo) ita eſt conciliandа cum *l. ult. eod. tit.* quòd lex 10. loquatur de gemino exemplari teſtamenti, id eſt, quando duo adſunt authentica teſtamenta (Wann zwey gleichlautende Original eines Teſtaments vorhanden ſeindt) quorum ſcilicet vtrumq; ſuis ſolemnibus eſt communitum ſcilicet ſigillis & ſubſcriptionibus teſtium: Sed lex ultima eod. tit. agat de exemplo, quod opponitur Authentico ſeu Exemplari; opponitur, inquam, quoad ſolemnia quæ in altero adſunt, in altero deſunt, quantumvis alioquin utrumque ejusdem ſit

13 tenoris. † Hoc diſcrimen inter *exemplar & exemplum* Grammatici quoque veteres obſervarunt: ut videre eſt apud Capsum *lib. de verb. dub.* tametſi alioqui rem inverterint, ut ſit exemplar id quod transfertur: exemplum quod non transfertur. Sed apud Paulum Feſti Pompeii abbreviatorem, eſt exemplar ex quo ſimile faciamus, id eſt, ad cujus imitationem aliud exprimamus, ſive ſcribendo, ſive etiam pingendo.

14 † Jam ut hæc ad inſtitutum noſtrum de Authentico accommodemus: ex Novellis Juſtiniani integris (quæ maximam partem Græcè erant ſcriptæ, Ju-

Digitized by Google

ptæ) Julianus anteceſſor Conſtantinopolitanus, qui ipſius ævo Juſtiniani jus in illa regia urbe auctoritate publica docuit, epitomen quandam confecit lingua Latina & reſectis ſuperfluis ac redundantibus proœmiis & Epilogis, Novellas redegit in compendium elegans, qui liber etiamnum extat, ut infra dicam. † Præter hanc Latinam Epitomen Juliani; cùm extaret etiam plenior 15
translatio Latina, ſed ferè barbara ut qua verbum verbo, ſatis quidem fideliter, ſed non ſatis feliciter redderetur: (id quod Bulgari ſeculo, id eſt imperante Friderico I. Barbaroſſa, ab incerto quodam interprete factum putatur) Dd. qui & Bulgaro fuerunt coætanei, & qui poſtea ſecuti, ſic inter ſe oppoſuerunt duo illa opera: Juliani ſcilicet Epitomen, & pleniorem verſionem Latinam ad verbũ translatã. † Ut hanc quaſi pro vera & genuina agnoſcentes præ altera, *Authentici* 16
nomine indigitarent cum illa Juliani Epitome, ſi non pro ſpurio opere, ſaltẽ pro exemplo ſive indice habenda eſſet, in comparatione ad hoc opus plenius: quanquam etiam in hoc ipſo, quod illi pro authentico habebant, multa ſunt reſecta, quæ ſcilicet ipſis parum utilitatis habitura videbantur illo ævo, quo Latina illa verſio neſcio cujus interpretis, confecta eſt. Juliani vero Epitomen, quàm dixi, veteres (ut Bulgarus, Azo Johannes, Accurſius & alii) tacito nomine Juliani, allegare ſolent titulo *Novellæ*. Ita factum eſt ut apud illos *Novellarum* nomen, quanquam vetuſtiſſimum deſierit frequentari, & ejus loco uſurpatum fuerit nomen *Authenticorum*: quod tamen ab initio neque ipſe Novellarum autor Juſtinianus, neque Tribonianus unquam ipſis impoſuerat. Hâc de re videri poſſit etiam Andreas Alciatus *lib. 2. παρεργων juris c. 46.* & Antonius Auguſtinus doctiſſimus Epiſcopus Hiſpanus *in præfat. ad Epitomen Juliani*. Hęc de appellatione *Authenticorum*.

Ab ea diſtinxerunt Dd. *Authenticas*. Quod nomen impoſuerunt 17
clauſulis quibusdam, quas antiquus gloſſator Irnerius (vel Wernerus) ex Novellis ſive Authenticis integris ſummatim excerptas retulit in Codicem Juſtiniani: & plærumq; ſubjecit, vel etiam interjecit, illis legibus, quibus per Novellas derogatur, vel etiam aliquid additur; vel quæ omnino abrogantur: ſicut paſſim in Codice, vel ex primore inſpectione illius apparet. Ac veriſimile eſt Juſtinianum ipſum ſi ei poſt Novellas promulgatas vitâ frui licuiſſet diutiùs, hoc facturum fuiſſe, quod multis poſteum ſeculis ab Irnerio tandem factum eſt; ut ſcilicet jus noviſſimum Codici ſuo convenientibus locis inſeri curaret: vel etiam tertiam editionem Codicis propter hoc ipſum fieri mandaret. † Sed morte præventus hoc ipſum exequi non potuit: & iſta Novella- 18
rum in unum corpus collectio, qua hodiè utimur, poſt mortem demum Imperatoris facta eſſe traditur.

† Reliquum eſt, ut de *Collationum* vocabulo dicamus: quod poſtre- 19
mum erat membrum primi hujus capitis prolegomenon. Diſtinxerunt autem Dd. has conſtitutiones, jus noviſſimum complectentes, in novem quaſi libros ſive capita: & has appellarunt *Collationes*. Cujus nominis ratio verò non ſatis liquet. Sunt enim qui collationes inde ſic dictas arbitrantur, quòd hinc ſymbolæ à multis ſint collatæ: ut quaſi collatitia quædam cæna eſſe videatur, vel etiam

iam centones quidam: alii quia ab Imperatore postremò sint collatæ ad ius vetus Romanum, & ad naturalem æquitatem. Illud probabilius, imò certum est, titulum hunc non esse operi impositum, vel à Justiniano, vel à consiliariis ejus: sed à posterioribus juris interpretibus, qui Bulgari ævo, paulovè pòst, vixe-
20 runt. † Atque hæc de vulgari partitione Novellarum in Novem Collationes: quarum singulis sui subiiciuntur *tituli*, & ita quidem ut cum unaquaque collatione nova incipiat titulorum series atque enumeratio. Quod notandum est maximè propter citationes quibusdam Jurisconsultis usitatas. Sed Novellæ continua serie numerorum, à prima ad postremam id est 168. allegari solent à recentioribus.

21 † Quanquam autem fuerunt, qui in duos libros secarent hoc opus Novellarum, cujus secundum librum quidam post Novell 39. alii post Nov. 69. inchoant, ut testatur Anton. Augustinus in paratitlis Novellarum, tamen verius est, totum opus esse μονόβιβλον, id est, unicum & singularem librum; siquidem Cedreno *in Annalibus* credimus, qui ita vocat in loco, quem & Cujacius *hîc initio* laudat. Addo ego Constantini Harmenopuli autoritatem, qui *lib. 1. promptuarii jur. civ. tit. 1.* etiam unum duntaxat & peculiarem librum Novellarum à Justiniano compositum esse scribit. Est autem μονόβιβλον nihil aliud quàm liber singularis: ut videre est *in Indice Pandectarum Florentinarum*: ubi sic vocantur Vlpiani Callistrati, & Modestini libri singulares, id est unici, nec in plures tomos divisi, &c.

CAP. II.

De Justiniano auctore Novellarum & qui, vel ante vel post, ipsum Novellas ediderunt. Qua lingua Novellæ originaliter conscriptæ sint, & quo tempore. Obiter etiam de Tribuniano, & Joanne præfecto prætorio historica quædam ex Procopio & aliis repetita.

SUMMARIA.

1 *Auctor Novellarum Justinianus.*
2 *De vita & rebus gestis Justiniani, remissivè.*
3 *Justiniani parentes.* 4. *Uxor.* 5. *Sororis filius.* 6. *Patria.* 7. *Pietas in patriam.* 8. *Ætas.* 9. *Virtutes & vitia.*
10 *Tempus promulgationis Novellarum, non unius.*
11 *Novellarum opus generali proœmio confirmatorio caret, ut post mortem Justiniani collectum.*
12 *Novellæ primitus Græcè conscriptæ, exceptis pauciſſimis.*
13 *Tribonianus Novellarum architectus, aut solus aut præcipuus.*
14 *Qualem se gesserit Tribonianus in conficiendis Novellis.*
15 *Comparatio Triboniani quæstoris & Joannis præfecti prætorio Justiniani.*
16 *In quibus similis Johanni fuerit Tribonianus.*
17 *In quibus dissimilis.*
18 *Suidæ de Tribuniano elogia, haud verisimilia.*
19 *Novellæ locum extremum in corpore Juris obtinent.*
20 *Inscriptæ Novellæ aliæ singulis, aliis universis.*
21 *Quinam Impp præter Justinianum Novellas scripserint.*
22 *Quinam ante Justinianum.*
23 *Quænam sit Novellarum ante Justinianum edita-*

editarum cum auctoritas, tum utilitas hodiè.

24 *Theodosii, Valentiniani, aliorumq; Impp exempla Iustinianus in Novellis suis promulgandis secutus est.*

25 *Quinam Impp. post Iustinianum Novellas ediderint.*

26 *Novella Leonis, &c. cum libris Iuris Iustiniani coniunctæ non benè.*

27 *De utilitate Novellarum post Iustinianum editarum remissivè.*

28 *Communis tàm anteriorum quam posteriorum Novellarum utilitas.*

AUtor istarum † Novellarum quas præ manib. habemus, idem est qui & Institut & Codicis, & Digestorum, id est, totius Corporis Juris: scilicet Imperat. Justinianus. † De cujus vita ac rebus præclarè gestis, vel pacis vel belli temporibus, nihil dicam: cum & Hotomannus breviter eam complexus sit: & prolixè diligenterque pleraque omnia persecutus dominus Gyphanius *in comment. de Justiniano, quemadmodum Ingolstadii ante hos 17. annos conscripsit & edidit.* Vterque post Ægidium Perrhinum Gallum, & veteres illos scriptores, Agathiam, & Procopium, & Paulum Diaconum. Ad hos igitur vel tanquam fontes, vel quasi rivos remisisse sufficiat auditores: ne, vt dici solet, Iliadem post Homerum canere voluisse videamur. † Illud breviter moneo, fuisse natum ex sorore Justini primi, sive majoris, à quo suo avunculo etiam in locum filii adoptatus est. Unde ipsum patrem suum appellat non solum in Institutionibus, sed & in his ipsis Novellis: ut *Novella 28. & Nov. 140.* fuit autem etiam collega ejusdem in Imperio, sed quatuor tantum mensibus: præclarum ejus Elogium extare voluit Justinianus *in d. Novella 140. A patre* (inquit) *nostro, qui pietate & sapientia omnes, quotquot unquam imperarunt, superavit.* Quo quidem nihil dici potest magnificentius. † Uxorem habuit Theodoram, fœminam plusquam pro sexus modestia ac pudore imperiosam, sed sterilem; cui etiam superstes fuit maritus. † Ex sorore autem Justiniani nostri, qui sine liberis decessit viduus, natus est Justinus secundus sive minor, qui & adoptatus est à suo avunculo & in imperio ei successit. De quo præter alios quoq; historicos, videri potest Corippus Africanus. † De patria Justiniani quorundam errorem reprehendit Cujacius *ad Nov. 11.* qui putarunt, ex Dalmatia vel ex Thracia oriundum esse. Sed regio in qua spiritum vitalem primò hausit, Pannonia secunda est, quæ hodiè Bulgaria appellatur Urbs ejus natalis, antea nomen habuit Achrido: sed imperator pristinum nomen mutavit, tàm regioni, quàm urbi & primam Justinianam appellari voluit; multisque insignibus privilegiis illam donavit, *d. Nov. 11. & Nov. 131. c. 3.* † Qua in re commemorabile cernitur exemplum pietatis erga patriam & grati animi, sicut supra vidimus præclaram ejus pietatem erga patrem *in Nov. 140.* Non tantùm enim parenti quisque suo nascitur, cujus esse dicitur, sed etiam reipub. ut eleganter & verè pronunciat Ulpianus *l. 1. §. & generaliter ff. de ventr. in poss. mitt.* Et de pietate in patriam tractatur etiam *l. 2. ff. de Just. & jur. &c.* † Ad magnam verò pervenit ætatem Justinianus, cum anno tertio & octuagesimo rebus humanis exemptus fuerit. † Fuit hic Imperator eximiis præditus virtutibus, sed idem sua quoque habuit vitia: ut in ipso quoque verum appa-

1 2 3 4 5 6 7 8 9

Digitized by Google

ruerit illud: *αἱ μεγάλαι φύσεις μεγάλας ἐκφέρουσι καὶ τὰς κακίας.* Inter virtutes ipsius præcipuè celebrantur, Religionis & Reip. ardentissimum studium, nec non & castitatis Audiamus de his ipsos Impp. testes, qui historicis accedant. Sic igitur Leo *Nov. 1. Celeberrimi ille inter Imperatores nominis Justinianus, cum animo esset erga Repub. & optimo & eius utilitatum studiosissimo, &c.* Idem *Nov. 30. Justinianus ille, cuius diadema præter religionem subditorum curam etiam decorauit.* De pudicitiæ verò & castitatis amore sic prædicat filius Justiniani adoptivus Justinus Minor, &c. *Nov. 3. A patre nostro, qui vna cum aliis virtutibus pudicitiam mirificè amplexatus est, conscripta lex est, &c.* De vitiis autem, (sine quibus, teste Horatio, nemo nascitur: optimus ille est, qui minimis urgetur) quæ in Imp. nostro notata fuerint, vix habemus dicere, cum *ἀνεκδότα* Procopii, quibus illa persecutus erat historicus, ad nos non pervenerint Sed vitam Justiniani hîc non tra-
10 dimus. † De tempore, quo Novellas promulgarit Imperator, sciendum est, post omnes alios juris libros absolutos & editos id factum. Idque sibi aliquando faciendum esse jam tum præsagiit, cum ederet suam constitutionem de emendatione Cod Justiniani *in § 4. his igitur omnibus vers. nisi postea*: ubi ita hanc quasi posthumam ejus prolem appellare liceat cum Virgil. Deinde observandum est non simul & semel omnes Novellas Imperatorem vel condidisse, vel promulgasse (sicut fecerat in libris Codicis Pandectarum & Institutionum) sed diversis temporibus, unam scilicet post aliam. Ac observavit Balduinus *in suo Justiniano p. 498. & 500.* post secundam Codicis editionem, vix effluxisse sesqui mensem, cum mox ineunte anno proximo ad Novellas sit aggressus: primoque
11 statim anno duodecim edidisse † Neque huic operi generale aliquod proœmium sive constitutionem confirmatoriam præfixit, sicut fecit cæteris juris libris, quos dixi Quod ipsum argumento nobis esse debet, post mortem demum imperatoris ab alio quopiam collectas fuisse atque in hoc opus congestas: cum
12 antea erant dispersæ & vagæ. † De lingua qua primitus conscriptæ fuerint Novellæ: sciendum, plerasque fuisse Græcè compositas, exceptis pauciss imis quæ originaliter Latinè sunt conscriptæ, ut diligenter annotavit supra nobis laudatus Anton. August. *iv paratit. ad Nov.* Aliter factum est in Constitutionibus Cod. quarum pars major Latinè scripta est; pauciores Græcè. Quæ etiam ex Cod Justiniani infelicibus illis seculis, quando in occidentalibus partibus Imperii, Græca ne legi quidem, nedum intelligi poterant, planè perierunt; resti-
13 tutæ ferè à Cujacio *in observationibus.* † Quemadmodum autem Triboniano velut architecto usus est Justinianus, ad priora tria nobilissima juris civilis opera constituenda: ita etiam ad Novellas contexendas idem inserviit Imperatori suo: teste Constant. Harmenopulo *lib. 1. t. 1 §. 10.* quanquam Balduinus *in Protheoria de Novellis constitutionibus quam fecit Lovanii Anno 1542.* ita censet, fuisse harum Justiniani constitutionum plures scriptores: idq; indicare di-
14 versitatem Græcanicæ phraseos, subindeq; variantem stylum. † Quicquid sit, ex Harmenopuli d. loco notandum est: qualem se gesserit Tribonianus in Novellis conficiendis. Solebat quippe, ut erat avarissimus, ab illis quibus aliquæ erant controversiæ, quas per Imperatorem decidi cupiebant, pecunias accipere

Digitized by Google

cipere (quæ passim à Jurisconsultis appellantur sordes) & in ipsorum gratiam atque ad nutum, partim quidem immutare jura, partim vero de industria obscuras atque ambiguas scribere leges; ut in varias partes atq; multiplices sensus lectorum animi distraherentur. Quod certè nefarium & flagitiosum haberi debet. Nam & Virgilius apud inferos suos pessimo loco reponit eum qui leges precio fixit, atque refixit: sicut & illum, qui vendidit auro patriam, &c. De avaritia certè Triboniani idem testatur Procopius *lib. 1. rer. persic. p. 40. & 42. edit. Augustanæ.* † Ubi eum comparat cum Johanne præfecto prætorio, cui & in 15
Cod. multæ extant constitutiones Justiniani inscriptæ: & plurimæ quoq; Novellarum. Fuerunt hi duo magni viri in aula Justiniani, quibusdam in rebus similes: in multis vero dissimili natura atque ingenio prediti. † Similes in eo, 16
quod uterque opum & pecuniarum fuit sitientissimus, & quasi mancipium nummi; suaque extrema & inexplebili avaritia, odium totius populi Constantinopolitani, adversum se concitavit: adeò ut tandem propter ipsos seditio gravissima per urbem coorta fuerit. Quam Justinianus aliter non potuit sedare & componere, quàm duobus illis tam exosis ministris suis, ab officio quod gerebant, remotis. Erat autem alter quidem (Tribonianus scilicet) quæstor, id est, Cancellarius Imperatoris, alter vero (Johannes) præfectus prætorio; quæ suprema erat post Imperatoriam dignitas, adeò ut ab ejus sententia nulla esset provocatio. Similes etiam fuerunt in eo quod utriq; magna indoles & naturæ vis excellens inerat. In eo quoque similem hi duo fortunam sunt experti; quod aliquo interjecto tempore, uterque suis honoribus est restitutus: teste eodem Procopio *d. lib. 1.* Deniq; in summa uterq; gratia fuit apud Justinianum, 17
quàtumlibet illis, quæ dixi, vitiis laborarent. † Aliarum vero rerum maxima
fuit inter hos duos differentia morum & ingeniorum, sicut & patriæ. Nam Tribonianus ex Pamphilia oriundus fuit: Johannes vero ex Cappadocia. Deinde Tribonianus quidem ad naturæ dexteritatem felicitatemque, etiam doctrinæ culturam adjunxit, adeoque eruditionis excellentia facilè omnes sui ævi mortales superavit. Johannes autem etsi ipse quoque ludum aliquandiu superavit literarium, tamen ultra primam literaturam non est progressus; ut vix malè malas literas pingere nosset. Præterea Tribonianus quidem avaritiæ morbum facilè poterat obumbrare & tegere, cum aliis virtutibus tùm quod esset blandus & affabilis, & eruditione, ut dixi, excellenti præditus. Johannes verò neque Dei rationem ullam aut metum habebat, neque hominum reverentia movebatur, (perindè atque in Evangelio Lucæ *cap. 18. in pr.* iniquus ille judex toties frustrà aditus a misera viduâ de se ipse profitetur) sed & singulos homines perdere, & totas urbes destruere ac pervertere sui quæstus causa, etiam si nullâ probabilè causam allegare posset, nulla ipsi religio erat. In summa gravis ac molestus erat omnibus hominibus ex æquo; nec à plagis ac verberibus in subditos à quibus fortè conveniebatur, abstinebat. Vivendi autem ratione quotidiana utebatur illa: ut ante meridianas quidem horas usque ad prandium agendis prædis ex facultatibus subditorum, & expilando illos, consumeret: (quibus artibus brevi tempore maximas sibi opes per fas nefasque corrasit) re-

liquum vero diei tempus, ebrietati & crapulæ inexplebili cæterisque corporis voluptatibus impenderet: adeò vorax, ut cibis usque ad vomitum seſe ingurgitaret. Ita fiebat ut verè dici posset monstrum hominis, nulla virtute redemtum à vitiis (ut ait Satyricus) & ad illud hominum genus pertineret, de quibus dicitur: quærere, ut absumant: absumta requirere certant. Denique etiam diversum hi duo habuerunt exitum. Nam Tribonianus morbo suoque fato extinctus est, nihil grave à quoquam alio perpessus. Johannes autem cum ad res novas moliendas & ad regnum invadendum adjecisset animum, eiusque molitiones innotuissent uxori Justiniani, Theodoræ; hæc re communicata cum Antonina, Belisarij fortissimi ducis conjuge, insidias ei struxit: unde factum, ut & caperetur, cum in Ecclesiam sive in monasterium quoddam suburbanum profugisset, & vinctus abduceretur in Ægyptum, variosq; adversæ fortunæ flatus experieretur, ne quidem inter ipsas miserias suas deponens interim affectationem tyrannidis: ad quam obtinendam etiam magicas artes adhibuit: ut prolixè refert idem Procopius *sub finem lib. 1. rerum persic.* Hæc ideo attingere volui, ut intelligamus ab his quoque exemplis, semper eandem fabulam agi, non solum in reliqua vita humana, sed etiam in aulis; & in his quidem maxi-
18 mè. † De Triboniano quoque alia addit Suidas *in Lexico Historico* quæ non faciunt ad laudem viri: ut quod Græcanicæ religioni, id est, paganismo addictum fuisse scribit: quod item vocat ἀ πατῶνα, id est, impostorem, & ait persuasisse suo principi Justiniano immortalitatem, quasi scilicet nunquam ab hac vita migraturus esset. Quæ unde hauserit Suidas equidem nescio. Neque sanè
19 mihi verisimilia narrare videtur. † Quem vero locum sive ordinem Novellæ in corpore juris civ. obtineant, facilè jam ex supra dictis intelligitur, scilicet extremum, & jure quidem quia post Cod. repetitæ prælectionis & post cæteros libros omnes promulgatæ fuerunt: neque simul & semel, sed diversis annis & temporibus; ut ex earum subscriptionibus patet satis: tametsi aliquæ nullas habét. sicut neque inscriptiones in omnibus adsunt, culpa ut videtur librario-
20 rum omissæ. † Inscriptæ autem sunt Novellarum quædam singulis, quædam universis: quæ singulis sunt inscriptę, eas direxit Imperator vel ad Episcopos sive patriarchas Oecumenicos, verbi gratia ad Andemium, ad Epiphaniũ, archiepiscopos & Patriarchas Constantinopolitanos: ad Johannem Episcopum Romanum: ad Catellianum, archiepiscopum primæ Justinianæ: (patriæ Justiniani, *de qua supra*) vel ad magistratos certos puta præsides provinciarum, ad comites, (quorum varia erant genera) item ad præfectos prætorio, qui etiam plures erant ac diversi: ut ad Johannem illum Cappadocem, *de quo supra ex Procopio dixi*, ad Petrum, Bassum, Gabrielem, Musonium, Areobindum, &c. Universis autem inscriptæ, ut populo Constantinopolitano, &c. Quanquam etiam illæ quæ singulis sunt inscriptæ personis non debuerunt penes ipsos solos remanere; sed per ipsos passim divulgari, ut ad omnium subiectorum notitiam pervenirent: sicut plerunque in epilogo Novellarum tale mandatum subjungitur: debere eos sivè Episcopos sivè præfectos sivè præsides sivè comites (quos plerunque Imperat. magnificis titulis compellat) operam dare ut jura illa omnibus innotescant, & ab omnibus serventur. † Re-

Digitized by Google

† Reſtat poſtremum ſecundi huius capitis membrum ſcilicet, quinam 21
Impp præter Juſtinianum Novellas ſcripſerint, & quisnam ex illis fructus hodie à ſtudioſis juris percipi poſſit. Horum alii anteriores fuerunt Imperatore noſtro: alii poſteriores. † Ante Juſtinianum ſcripſerunt Novell. Conſtit. hi 22
Imperatores: Theodoſius & Valentinianus, Martianus, Leo & Majoranus, Severus & Anthemius. Hæ partim cum Codice Theodoſiano editæ ſunt, primùm à Joanne Sichardo anno 1528. deinde à Cujacio anno 66. partim etiam à Petro Pithæo anno 71. qui ex manuſcripto patris ſui illas ſupplevit, quibus editio Cujacii & Sichardi deſtituebatur † Etſi autem hæ Novellæ in foro au- 23
ctoritatem non amplius habent, neq; allegari debent ad cauſarum deciſiones, niſi quatenus ex illis quippiam à Juſtiniano in Codicem quo utimur, eſt relatum (id enim Juſtinianus diſertè vetuit de quibusvis aliis legis ſanctionibus, ſicut & Jurisconſultorum ſcriptis extra corpus juris civilis à ſe compoſitum) tamen aliam habent utilitatem, minimè ſanè contemnendam. Ex illarum namque comparatione ad leges Codicis noſtri, quarum multæ inde excerptæ ſunt, non ſine quadam voluptate videre licet, quo pacto Tribonianus eiusque collegæ verſati ſint in confectione, Cod. Juſtiniani, ex anteriorum principum conſtitutionibus: quid detraxerint, ſive omiſerint (omiſit autem Tribonianus nõ tantum exordia & epilogos: ſed etiam alia multa ſuperiorum Novellarum: quædam etiam breviori verborum ambitu contraxit) quid item addiderit, vel inſeruerit quid immutarit; denique quomodo ſæpè ex una eademque Novella plures fecerit leges, easque ſub diverſis titulis Cod. collocarit. Pro exemplo ſit *Novella Theodoſii V. quæ eſt de tutoribus.* Hanc unicam Novell. Tribonianus quaſi in tres leges diſtraxit; easque ſub diſtinctos titulos in codicem retulit, ſcilicet *l.10. C. de legit. her. l.6. C. ad Senat. Tertull. l. pen. C. in quibus cauſis pign. vel hypoth. tac. contr.* Aliud exemplum præbet. *Nov. Theodoſii IX. quæ eſt de teſtamentis.* Ex qua ſumpta eſt non tantum celeberrima illa conſtitutio, quæ hodie fulget in Codice Juſtiniani, præſcribens formam ſolenniter teſtandi, ſive in ſcriptis, ſivè per nuncupationem (à qua tamen forma ſive neceſſitate excipitur teſtamentum parentum in liberos) eſtque *l. 21. hac conſultiſſima C. de teſtam.* verùm etiam *l. ult. C. de teſtam. tut.* Aliud exemplum eſt in *Novella Theodoſii II. ſub tit. XI. de bon. decur.* Ex qua ſumpta eſt & *l. 2. C. quando & quibus quarta pars*, & *l. un. C. de impon. lucrat. deſcript. lib. 10.* ſic ex *Nov. Valentin. & Martiani tit. 4. de matrim. Sen.* decerpta eſt nobiliſſima, *l. 9. leges ſacratiſſimæ. C. de legibus.* ubi ſimul notanda eſt vera lectio: *Omnium*, pro eo quod vulgatur, *hominum* non rectè. ſed *omnium* rectiſſimè legitur non ſolùm in *d. Nov.* ſed etiam apud Joann. Sarisberienſem, *in libro quem inſcripſit Policraticum ſive de nugis Curialium.* Sic ex *Nov. Theodoſii de poſtulando* ſumpta eſt, *l. ſancimus 6. C. de advocat.* Similia exempla paſſim occurrent in legibus Codicis, ſi eas ad ſuos quaſi fontes revocare, id eſt, collationem earum cum dd. Nov. priorum Impp. inſtituere voluerimus. Quæ res ad hoc quoque proderit, ut ſciamus quomodo hæ Juſtiniani Novellæ poſſint ac debeant ſub convenientes titulos Cod. noſtri referri, Id quod bona ex parte præſtitum eſt ab Irnerio, *ut ſupra dixi.* Poteſt tamen idem adhuc in pluribus ar-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

articulis fieri, ut rectè monet Wesemb. *in œconomia Novellarum*, & multis ante hũc seculis animadvertit antiquus glossator, apud quem *in summa Novellarum* sæpè legimus: *Ex hac constitutione nihil est in Codice*, sic insignis lex illa. *5. non dubium C de legibus*, descripta est ex *Nov. 4. Theodosii*. qua interdicitur curialibus vel decurionibus, ne conducant prædia aliorum, neve pro conductoribus fidejubeant, vel procuratores eorum sint, sed quod de curialibus *in eadem Novell.* additur: hoc quidem in *d. l. 5.* omittitur, refertur vero sub alium titulum, scilicet *l 30. curiales C. de locat.* Rectéque hoc admonuit Dn. Gothofredus *ad d. l. 30. C. locat.* duas illas leges ex eâdem Novellâ Theodosii desumptas esse. Est & obiter hoc notandum ex *d. l. 5. C. de ll.* & *d. N. 4. Theod.* novellas interpretationes legum ibi nominari, & opponi veteribus, quod addi potest iis quæ supra dixi de No-
24 vellarũ appellatione. † Horum igitur anteriorum principum vestigia Justinianus in suis Novellis promulgandis persecutus est. Nam sicut post editum Codicem Theodosianum, qui est unus ex tribus illis, qui præcesserunt Codicem Imperatoris nostri, & ipse Imp. Theodosius cum suo collega, & filio Valentiniano, aliisque Impp. post ipsos, quotquot ante Justinianum fuerunt, novas fecerunt constitutiones, easque vocarunt *Novellas*, utpote de novis emergentibus casibus & controversiis ut plurimum agentes: ita & Justinianus fecit post suum Cod. tàm primæ, quam secundæ editionis, tametsi eæ Novellæ sive novæ constitutiones, quæ secutæ sunt primam editionem, & præcesserunt secundam, posteaquam in hunc relatæ, quasi in unum corpus Codicis coaluerunt: *Novellarum* nomen quod prius meruerant amiserunt, & simpliciter *leges* dici cœperunt, ut etiam supra indicabam, & nunc confirmo etiã autoritate Cu-
25 jac. *in proœm. suæ expositionis Novellarum*. † Post Justinianum verò Novellas scripserunt isti Impp. Leo, filius Basilii Macedonis qui basilica edidit libris 60. & cognomento dictus philosophus est, ut olim M. Antoninus. Item Heraclius, Alexander, Constantinus Paphyrogeeneta, Michael, Romanus Senior, Romanus minor, Isaacius, Alexius & Manuel Comneni, Isaacius Angelus, aliiq; quorum Novellas diligentissimè collectas à Joanne Leunclavio (cuius etiam extant vetera Paratitla) partim ipse conjunxit cum epitome 60 librorum Basilicorum ex bibliotheca Joannis Sambuci edita anno 1575. Basileæ: partim post eius mortem edidit amicus noster Marquardus Freherus insignis Jurisconsultus & antiquarius *in duobus tomis Iuris Græco Romani* quos Imperatori nostro
26 invictissimo ante 12. annos dedicavit, Francofurti editos. † Et Leonis quidem Novellæ 113. quas ex Græcis latinas fecit Henricus Agilæus Buscoducensis Jurisconsultus, hodie à Julio Pacio & Gothofredo conjunctæ sunt cum libris juris Justiniani, sicut & aliorum quorundam Græcorum constitutiones, quas latinè convertit Erimundus Bonefidius. Quam conjunctionem nescio sanè quo illi consilio fecerint. Nam quare non vel has omiserunt, quæ auctoritatem nostris moribus quoad causarum decisionem nullam obtinent, sicut neque obtinuerunt ullam unquam in occidentali imperio: vel eadem opera, alias quoque aliorum Novellas Imperatorum addiderunt, quæ certè non sunt
27 deteriores? † De utilitate posteriorum istarum novellarum videri possunt præfa-

Digitized by Google

præfationes Joan. Leunclavii & Marquardi Freheri in editionibus iam dictis. † Illa autem communis omnium ſive utriusque generis tam poſt, quam 28
ante Juſtinianum conſcriptarum Novellarum utilitas, minimè eſt negligenda: quod ſæpe inſignes continent ſententias ſive gnomas quibus tanquam geminis diſtincta exornantur. Multi etiam in illis tractantur loci communes; multæ graves quæſtiones. Qualis verbi gratia ſtatim initio *Novell. Theod.* illa occurrit quæſtio: *qui fiat quod tantis licet propoſitis præmiis, quibus artes & ſtudia nutriuntur: tamen tam pauci ac rari omni ævo exiterint, qui plenam ac perfectam juris civilis ſcientiam conſequi potuerint.* Cauſſam vero huius rei non minimam confert Imperator in difficultatem cauſarum, & in diverſitatem, actionum & molem conſtitutionum Imperatoriarum & copiam librorum immenſam. Hujusmodi inſignes ſententias unusquisq; in privata lectione obſervare poterit.

CAP. III.

De Occaſione & origine Novellarum: De Natura item legum, & rerum humanarum conditione.

SUMMARIA.

1 *Cauſa impulſiva Novellarum promulgandarum.*
2 *Res humanæ fluxæ atq; mutabiles.*
3 *Leges ad conditionem rerum humanarum, & ſtatum Reipub. accommodari debent.*
4 *Rerum humanarum, & Rerumpublicarum mutabilitas, prima legum mutationis adeoque & Novellarum promulgationis, cauſa.*
5 *Leges non facilè mutandæ.*
6 *Altera mutationis legum cauſa, ipſarum natura & conditio.*
7 *Tertia mutationis legum cauſa, quod coniecturam & ſpem legislatoris experientia refellit.*
8 *Quarta cauſa: quod ſecunda cura ſapientiores.*
9 *Quinta: Iudicum & magiſtratuum inferiorum relationes & conſultationes, de legum interpretatione, aut novis caſibus emergentibus.*
10 *Sexta mutationis legum cauſa, ambitio.*
11 *Septima & poſtrema: legum quaſi ſeneſcentium, & in deſuetudinem abeuntium neceſſaria renovatio.*
12 *Comprobatio prolixa eorum quæ de Novellarum origine dicta ſunt, per teſtimonia & propria verba ipſorum Imperatorum.*
13 *Legum mutationem non omninò averſetur legislator, nec reprehendant ſubditi.*
14 *Obiectio: leges perpetuas eſſe debere: aut ſi non ſint, malè ſic ab Imperatoribus appellari.*
15 *Solutio obiectionis.*
16 *Perpetuum dicitur etiam quod certo tempore durat.*
17 *Leges dicuntur perpetuæ & æternæ ex voto & bono omine legumlatorum: & ſunt tales, rebus ſic ſtantibus.*
18 *Leges dicuntur perpetuæ: quomodo Nuptiæ, individua vitæ conſuetudo: & Roma, urbs æterna.*

POſteaquam cognovimus, quàm multi Impp. vel ante, vel poſt Juſtinianum Novellas conſcripſerint ac promulgari ſ(de quibus etiam hîc initio ſtatim Cujacium & Balduinum in ſua προθεωρία Novellarum agere video: † opportunè jam quæri poſſe puto de cauſa, ſive quid illud tandem ſit, quod eos ut hoc facerent, moverit atque impulerit. 1

Nihil

Nihil enim ſine cauſa fieri, vulgo etiam jactatur. Et ſicut natura nihil fruſtrà facit: ita neque prudentia & ars naturæ imitatrix Ut autem hæc cauſa tantò pleniùs intelligatur, res paulò altius repetenda videtur ex natura ipſa atque con-
2 ditione tàm rerum humanarum, quàm legum. † Ponendum igitur primò illud eſt: Res humanas maximè fluxas eſſe atque inſtabiles; adeoque tanquam Euripum quendam in perpetuo ferè motu agitari: Qua de re præclarus eſt locus apud Greg. Nazianz. *in orat. de paupert.* ut nunc præteream hac de re ſenten-
3 tias quotidiana experientia comprobatas. † Secundò illud quoque ponendum, leges debere ad conditionem rerum humanarum & ſtatum Reipub. accommodari. Nam ad illarum utilitatem & ſalutem conſervandam, vel etiam
4 amplificandam referenda eſt omnis legum latio. † Ex quo ſequitur, cum res humanæ & fotmæ rerumpublicarum tãtis ſint obnoxiæ vicibus mutationum; non poſſe etiam ab eadem mutabilitate leges prorſus eximi aut eſſe liberas.
5 † Optabile quidem eſt & cum primis expedit Reipub. ut leges ſint immotæ, & perpetuò eædem ſerventur: unde etiam ad mutationem legum difficillimè tardiſſimeque deſcendere debent qui ad clavum Reipubl. ſedent, & legibus ferendis præſunt, adeoque præſtat vel deteriores & incommodiores aliquas leges firmiter atque inviolabiliter retinere, quam vel optimas commodiſſimasque habere, ſed à quibus crebrò & temerè levique momento recedatur. Didicimus hoc ex oraculo Thucydidis graviſſimi hiſtorici *l. 3.* & ex Ariſtotele *2. polit.* Quibus cum conſentit Ulpianus *in l. 2. ff. de ſt. pr. urb.* quando in rebus novis conſtituendis quibus recedatur ab eo Jure, quod diu æquum viſum eſt, exigit evidentem utilitatem id eſt, ut reſp. aliter ſalva eſſe vix poſſit Veruntamen ea rerum humanarum quam dixi inſtabilitas & mira varietas ſæpè flagitat, ut novis condendis legibus ſit opus. Sapienter igitur & verè hoc ſcripſit Joan. Tzetzes *p. 263.* Ἀεὶ νόμοι χὰρ καὶ τὰ πάντα τῦ βίυ τρεπτὴν φορὰν ἔχουσι, καὶ τῶν, καὶ νὰ καινοῖς γίνεται καθ' ἡμέραν. hoc eſt: *Semper leges & omnia vitæ humanæ negotia Mutabilem habent converſionem, & fluxa ſunt, & nova novis ſuperveniunt quotidie.*
6 † Accedit etiam altera, ipſarum legum & aliarum juris ſpecierum, ut ſenatusconſultorum conſtitutionum, &c. natura & conditio, quæ eſt, quod non poſſunt ita ſcribi, ut omnes caſus, qui quandoque incident complectantur: teſte Juliano *in l. 10. neque leges* & *l. 12. non poſſunt. ff. de legib.* Quem ipſe quoque Imperator ad hanc rem laudat auctorem *in l. 2. §. 18. verſ. cum & ipſe. C. de vet. jure enucl.* & *Novell. 74 in pr.*
7 † Eſt & illa ratio non levis, ob quam interdum priores leges vel abrogandæ ſunt vel corrigendæ, quòd conjectura legislatoris aberraverit, ſuaque ipſum ars & ſpes fefellerit; dum ſcilicet credebat legem ſuam quã ferebat, ex uſu reipub. futuram; cuius tamen contrarium evenit, ipſa eum refutante *experientia*, quæ etiam *ſtultorum magiſtra* eſſe dicitur Unde & Livius *rerum uſum acerrimum juris cenſorem atque explorato rem eſſe* pronunciavit: veriſſimè ſanè; & hîc quoq; fit illud Quòd *diſcipulus prioris eſt poſterior dies.* Quare ſicut gubernatoribus ſive naucleris ſæpè mutanda eſt velificatio, utcunque in alto ventus eſt: ſicut item medicis nonnunquam prior ſua curandi ratio, quam animadvertunt non ſatis

fœliciter

Digitized by Google

fœliciter procedere aliter instituenda est: ita etiam legumlatoribus & rerum-pub moderatoribus suæ leges nonnunquam sunt commentandæ Nam horum quoque prudentia non minùs quam præcedentium merè est στοχαστική, id est, conjecturis ferè solis constat quæ possunt sæpe numerò esse fallaces. † Accedit etiam, quod secundæ curæ sicut alibi secundum Euripidem, ita etiam hic ferè *sapientiores* esse consueverunt. 8

† Taceo tot judicum & Magistratuum inferiorum relationes & consultationes Imperatoribus transmissas; quibus petere solent sibi rescribi vel de legum interpretatione (quam sibi solis reseruarunt Impp. *ut est in l. 2. §. sed quia divinæ vers. quia ideò. C. de vet. jur. enucl. & l. ult. C. de leg. & Nov. 143. in pr.*) vel de novis aliquibus rerum formis sive casibus emergentibus (sicut natura multas deproperat novas edere formas *d. l. 2. §. sed quia. C. vet. J. enucl.* Quod dictum Feudistæ quoque usurparunt *t. 24. §. sed quia natura. lib. 2. feud.* & Papa Bonifacius VIII. *in proœm. 6. decret. in verb. humana natura.* novas semper deproperans edere formas lites quotidie invenire conatur,) vel sicubi hæsitaverint judices, vt ait Constantinus *l. 1. C. de relation.* qui tit. huc pertinet. Æque relationes etiam injunguntur judicibus *d. l. 2. §. 21. hoc autem. C. de vet. J. enucl. in verb. vi quid ambiguum fuerit visum, hoc ad Imperiale culmen per judices referatur. &c.* † Taceo item quod quidam etiam ambitionis causa videntur ad novas leges ferendas se accinxisse, qui pruritus, ut sic loquar, in Pontificibus Romanis ipsorumque decretalibus satis apparet. † Postremò nec illud est prætermittendum, quod etiam legibus suum quoddam est senium, quod ipsis abstergi debet, ut renovatæ quasi rejuvenescant, ut supra quoque monui ex loco Gellii *lib. 20. c. 1.* (Quomodo serpentes scribunt positis exuviis suis in pristinam redire juventutem) Neque enim semper novis constitutionibus nova jura continentur, sed sæpe priora renovantur & ex desuetudine, in quam abire cœperât, in usum revocantur. Hæ igitur præcipuæ sunt causæ, quæ Novellis occasionem & originem præbuerunt, sæpe etiam necessitatem attulerunt legumlatoribus novas leges condendi & promulgandi. † Quæ omnia ne ex nobis ipsis ita confinxisse, & temporis causa protulisse videamur, age, ipsorum Impp. testimoniis, adeoque propriis verbis confirmemus. Majoris auctoritatis causa primum produco testem Theodos. qui *Novel. 2.* sic scribit ad filium Valentinianum (cum quo eâ conditione partitus fuerat Imperium, ut pater quidem Orienti, filius autè Occidenti gubernando præesset, alterque alteri transmitteret, si quas novas tulisset leges, quæ essent per totum corpus Imperii tàm in orientalibus, quã in occidentalibus partibus observandæ) *diversis emergentibus causis, per hoc transacti temporis intervallum ferri leges alias emergentium rerum necessitas persuasit.* Similiter Imp. Martianus *Novell. suarum tit. 5.* ait: *sæpe materiam ferendis scr. hendisque legibus inopinatò negotia exorta suppeditant, & aut novas constitui sanctiones, aut durius & asperiùs latas facium abrogari. Æqualis enim in utroque æquitas est; vel promulgare quæ justa sunt, vel antiquare, quæ prava sunt.* Sic rursum Theodosius *Novell. tit. 13. Egregiè*, inquit, *habet hoc insitum sollicitæ æquitatis examinatio, habet secundarum cogitationum, subtilior exact. orq; cura, ut si quid in legibus ferendis post* 9 10 11 12

impetum primum deliberatio properata deliquerit, hoc consilio propensiore revocetur. Permittit enim consuetudo ipsa rerum: adstipulantur innumera vetustatis exempla, multas leges à suis latoribus, ademptâ aut additâ parte, posse corrigi; multas tractatu maturiore penitus abrogari. Cum quo loco valde congruit, quod gravis auctor Tertullianus (qui & Jurisconsultis, & Christianæ Doctor Ecclesiæ illustris cumprimis fuit) *in apologetico suo* scriptum reliquit: *Miramini*, inquit, *hominem aut errare potuisse in lege condenda, aut resipuisse in reprobanda. Nonne & ipsius Lycurgi leges à Lacedemoniis emendatæ tantum doloris auctori suo inusserunt, ut in secessu inediâ de semetipso iudicarit? Nonne & vos quotidie experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis, totam illam veterem & squalentem sylvam legum novis principalium rescriptorum & edictorum securib. truncatis & cæditis?* Quod autem Theodosius dicebat de secundis curis circa leges ferendas, eodem etiam alluserunt Impp. Leo & Anthemius *in Nov. de bon. vacant.* Ubi significant *tales curas quotidianas esse debere bonis principibus, quibus cordi sit iudices singulos consultiore tractatu & meliore deliberatione generi humano prospicere.* Idem Theodosius in *Novell. de Invasoribus, circa medium* ita scribit de occasione *Novellarum. Frequenter pro multorum negotiis specialis querela commovit omnibus profutura decerni.* Et in eandem sententiam Idem in *Nov. de locis Reipu. sæpè ab una civitate, vel homine postulatum remedium, generalem solet formam correctionis afferre.* Similiter Leo & Anthemius *Nov. modò allegata: Imperatoriæ Maiestatis esse dicunt ex præsentibus causis etiam futuris providere temporibus: & reserata ambiguitate sequenda decernere.* Audiamus etiam Justinianum de Novellarum occasione & origine: apud quem hæc illustria loca eò pertinentia observavi. Ordiar autem ab eo loco, qui est *L. 2. §. sed quia. C. de vet. I. enucl. Divinæ quidem res* (ait Imperator) *perfectissimæ sunt: humani vero juris conditio semper in infinitum decurrit. Et nihil est in eo, quod perpetuò stare possit* (*multas enim formas edere natura novas deproperat*) cui planè consimilis est sententia eiusdem Imp. *Nov. 69. c. 4. §. 1. in fin. Nihil penè in semetipso manet: sed currit natura semper* (melius dixisset Interpres, *Fluit*: cum in Græco fonte sit non τρέχει, sed ῥεῖ) *multas evolvens mutationes* (in fontibus passivè est *in multas evolutas mutationes*) *quas neq; prævidere facile est neque prædicere: sed summodò Deo & Imperatore sequente Deum, hæc gubernare mediocriter & mansuetè valente.* Sic *Nov. 7. c. 2. Quid esse potest stabile inter homines & immobile, ut nullam patiatur mutationem, cùm omnis noster status sub perpetuo motu consistat?* Idem *Nov. 73. in præfat. §. 1.* sic scribit: *Imperium propterea Deus de cælo constituit ut difficilibus imponat, quæ apud ipsum* (imperium scilicet) *sunt bona, & leges aptet secundùm naturæ varietatem.* Quod resumpsit Imperator *ex d. l. 2 § sed quia. C. de vet. I. enucl. Idcò* (inquit ibi) *imperialem fortunam rebus humanis Deus præposuit, ut possit omnia, quæ noviter contingunt & emendare & componere, & medio & regulis competentibus tradere.* Sic idem Justinianus *Nov. 49. in pr.* ait: *volubile hoc & humanum, & quod manere idem nunquam valet: sed fit quidem semper, manet autem nunquam; & legislationibus introducit aliquem tumultum, & iis, quæ videntur se habere rectè & firmè posita judicantur. Sed & ea quæ subtili observatione cauta sunt, plerunque turbavit emergentium varietas causarum.* Rursus idem ita scribit *Nov. 60. in pr.* Interprete Greg.

te Greg. Haloandro: *qui in contemplanda rerum varietate intentum habẽt animum: his si verè & rectò judicio singula explorent, facilè ad querelas progredi non solent. Ac probabile est ob legum quotidiè à nobis propositarum multitudinem nonnullas succensêre: parum reputantes in animo, quod subinde postulante necessitate consonas leges rebus ferre compellamur, semper aliquibus præter opinionem enascentibus, quæ per descriptas iam leges ad sanitatem perduci nequeant.* Hæc qui cum fontibus Græcis, & cum vulgatâ translatione contulerit, is facilè deprehendet, in vulgatis libris malè legi *qui varietatem causarum coniciunt:* cùm legendum sit procul dubio *veritatem*: quia in textu Græco est ἀληθείας. At *varietas* esset ποικιλίας ut in *d. Novel. 73. & Nov. seq. in pr. & alibi.* Alioquin si sensum spectes fateor, tolerari quoq; posse *varietatem causarum*: Alius similis locus est *in Nov. 74. Rectè dictum est à prædecessoribus nostris, & ante omnes à Juliano sapientissimo: quia nulla lex, neque SC. prolatum in Repub. Romanorum, videtur ad omnia sufficienter ab initio promulgatum: sed multa indigere correctione, ut ad naturæ varietatem & eius machinationes (ἐπινοήσεις) sufficiat* Ubi quem Imp. nominat *Julianum sapientissimum* is est Salvius Julianus Edicti prætorii perpetui subtilissimus conditor sive ordinator, summæque auctoritatis homo, ut laudatur ab eodem Imperatore. *l. 2. §. 18. C. de vet. l. ennc & l pen. C. de cond. ind.* Ad eundem quoque locum Juliani respexit Papa Joannes XXI. (qui alias XXII) cum ista scriberet *in prœmio Clement. Nulla juris sanctio, quantumcunque perpenso digesta consilio ad humanæ naturæ varietatem & machinationes eius inopinabiles sufficit, nec ad decisionem lucidam sine nodosa ambiguitatis attingit, cò præsertim quòd vix aliquid adeò certum clarumque statuitur, quin ex causis emergentibus (quibus jura iam posita mederi non possint) in dubium revocetur, &c.* Ubi etiam adjungit aliam causam, scilicet cordis humani pravitatem, quod indeusque ab adolescentia proclive ad malum est. Alius est illustris locus Justiniani *Nov. 98. in pr. Ea quidem quæ semper eodem modo se habent, legibus non egent variis, simplicitatem, & quod sine illius diversitatis mixtura est, continuè possidentia, & utentia legibus sempiternis ac sacris nulla correctione egentibus. Quod aũt secundum nos est in redundationis* (id est, fluxus atque refluxus, ut in Euripo) *comprehensum tumultum gubernativa indiget sapientia ex legibus superveniente negotiis. Unde quoniam nos neq; ad judicia segnes multis interpellantium causis singulis quidem medemur: comprehendentes autem unamquamque quæstionem, dubitatam à nobis & iudicibus nostris per legislationem, quæ oporteat agi generaliter in unaquaq; quæstione, exponimus.* Hîc notanda est elegans comparatio, qua Imp. Legislatorem similem facit nauclero sive gubernatori navis. Est enim vita humana quasi quoddam mare, sive Euripus quidam negotiorum, ubi magna arte & coactione opus est ad vitandum naufragium. Alibi jura confert idem cum pharmacis sive medicamentis, ut *Nov. 111. in pr. quod medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis. Unde consequitur ut nonnunquam à judicio discordet effectus, & quod credebat correctura prodesse, experimento inveniatur inutile.* Rursus idem Imp. Justin. *in Nov. 2.* ex Interpret. Haloandri: *Et ante nos legislatoribus Romanis continuam legislationis occasionem, emergentium causarum dabat varietas, & nos omnem partem legislationis ornantes Reipub. cunctam penè correctionem aliquando quia*

dem pro egentium interpellationibus, aliquando vero in iudicialibus quæstionibus celebravimus & multas leges hinc subiectis nostris conscripsimus, &c. Idem *Nov. 4. in pr. legem quidem, iam olim apud veteres propositam, usu autem haud scimus, quomodo non approbatam, & tamen ob quotidianas rerũ controversias illi necessariam apparentem, si denuò revocaremus, inque rempub. reduceremus, non simpliciter eam ut posita erat referentes, sed cum competente accessione digerentes, præclarè nos facturos arbitrati sumus.* Et rursus idem *Nov. 66. in pr. semper legum nobis occasiones motorum negotiorum præbuerunt causæ. Pluribus enim nobis additionibus factis, occasione nostrarum constitutionum necessarium existimavimus, talia lege brevi corrigere.* Et idẽ Imp. *Nov. 145. in pr. His quæ semper incidunt, competentem singulis medicinam invenientes, postquam quæ utilitatis sunt præterierint, iterum prioris efficimur ordinis, usque ad solum medicinam dolentem sistentes.* Idem *Nov. 107. A Constantinũ, divæ memoriæ lex est scripta per antiquæ coniecturæ simplicitatem.* Porrò *causarum varietas & natura eas frequenter mutans, egere leges illas emendatione naturæ præparavit.* Denique (ut finem aliquem ac modum tandem statuamus testimoniis omni exceptione sublimioribus) sic ait *Nov. 93. subiectorum nostrorum interpellationes legum nobis præstant occasiones, pro salute subditorum conscribendarum.* Ubi cum *in verb. prox. seqq.* fiat mentio *patroni*, qui adierit Imperatorem consulendi causa; sciendum est in Græco textu nihil tale extare sed tantum in genere dici quosdam adiisse Imperatorem eique occasionem dedisse Novellæ constitutionis de Appellationibus promulgandæ. Interpres igitur de suo hîc *patronum* nescio quem nobis intrusit. Quod satis etiam apparet à me verissimè admoneri, si cõferamus Haloandri Latinam versionem, ubi etiam nulla patroni ullius mentio extat. Addamus his, omnibus loco Epimetri etiam Leonis Imp. auctoritatem, qui *in proœmio Novellarum suarum* ita scribit, superioribus consentienter: *Rerum humanarum vicissitudo vitaq; inconstans, atque multiformis status permultis ac omne genus legibus ortum præbuere.* Et infrà: *Earundem rerum humanarum cursus, velutiq; reciprocus quidam æstus (seu παλίρροια,) dum sursum deorsum omnia vertit ac volvit: & multa quæ rectè constituta essent, in peius commutat, per multa item oblivione obruit, ut perinde ac si in rerum natura nunquam essent visa, incognita sint: non mediocrem legibus labem intulit;* & quæ plura ibidem seqq. in eandem sententiã, sanè elegantia & nimis vera. Ubi etiam inter alia hanc rerum vicissitudinem similem esse ait, talorum jactui temerè cadentium. Qua comparatione & Plato
n) olim usus est, & ex eo Terentius. † Quæ cum ita se habeant de causis mutandarum & innovandarum legum: non gravabitur bonus legislator & alios imitari suprà nominatos Principes, qui Novellarum auctores extiterunt, & ipsum Justinianum, quide se ista profitetur *initio Nov. 127. Nostras leges emendare nos non piget, ubiq; utilitatem subiectis invenire volentes, &c.* sed neque subditorum quisquam illas legum mutationes & correctiones in reprehensionem vocare debebit, aut converti ad querelas de legum inconstantia & multitudine. Non enim aliter fert natura rerum humanarum, quę est fluxa & instabilis, nec aliter fert natura & ratio ipsarum legum, quæ sunt, ut diximus, & ad rerum humanarum conditionem accommodandæ, & ab subditorum utilitatem referendæ.

Illa

Digitized by Google

Illa verò cum temporibus ipsis commutatur. † Sed animadverto hîc, superioribus obiici posse illas Impp voces, quibus crebrò in suis constitutionibus usos legimus: *hac perpetua lege sancimus: hac lege perpetuò credimus ordinandum: hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus:* vel *iubemus: hac generali & in perpetuum valitura lege decernimus* ut videre est in *l.6.C.de secund.nupt.l.2. C.ubi quis decur.l.2.C.de sent.experic.recit.* Quem stylum legislatorum Romanorum imitatur etiam fortissimus Imp. Germanicus Frider. I. *in tit. de pace tenenda & eius viol.lib.2.feu.& in Auth.habita.C.ne fil.per patre.* Et alter Frider.II. *in auth.statuimus hoc edicto in perpetuum valituro. C.de epis.aud.* Ex his dicendum videbatur leges sempiternas esse debere, nec ullis mutationum vicibus obnoxias: aut si tam sunt mutabiles & variabiles, falsò prædicari perpetuò valituras. † Sed multa sunt quæ respondeamus. † Primum enim illud etiam *perpetuum* rectè dicitur, quod certo duntaxat tempore durat: quamvis elapsa illius temporis periodo desinat, talia multa sunt in sacra scriptura quæ cum ipse Deus perpetuò custodienda esse dixerit (ut est universus ille priscorum sacrorum ritus sive ceremoniæ de quibus in levitico passim dicitur, quod in seculum debeant observari, tamen constat unà cum tota politia Judaica esse abolita, post exhibitum in carne Messiam † Deinde quantumvis fateamur non inviti legislatorem hoc habuisse votum & institutum in lege aliqua ferenda, ut ea in perpetuum immutabilis valeret ac servaretur: id que etiam ipsi legi ascripsisse, velut boni ominis causâ: tamen hinc minimè sequitur, nûquam locum esse ulli mutationi vel correctioni legis. Nam eatenus & tam diu hoc verum est legem in perpetuum valere, & servari debere, quatenus & quamdiu res in eodem statu manet, in quo erant tempore condendæ legis, non etiam illis in aliam faciem commutatis. Etenim aliàs quoque sæpe fit, ut in aliquo actu tacitè subintelligatur illa clausula & conditio: REBUS SIC STANTIBUS. Tunc enim meritò obtinebit illa Justiniani sententia *Nov.28.in pr. quod pulcrè & longo antè tempore concinnatum adunatumq; & in sua iam firmitate compositum extitit, id sanè novare aut dividere absq; causa rationabili confirmati validiq; imperii non est.* Valere item dicit illud, *Nihil temerè mutandum esse.* Sin autem res fuerint commutatæ, & evidens utilitas poscat etiam legum mutationem, certè parendum est necessitati, eique subveniendum, *argum.l.7. Divus in pr.ff.de in integr.restit. & l.2.ff.de constit. princip.* † Denique rem hanc declaro duobus similibus. Primo: Annon etiam Nuptiæ dicuntur continere *individuam* vitæ consuetudinem? §.*1. Instit.de patr. potest.* nõ obstante eo, quod interdum dissolvantur matrimonia per divortium, ut est *in l.8.consensu.C.repud.& in his ipsis Novellis*, sed hoc animo & hoc voto ab initio matrimonia contrahuntur à conjugibus; quòd perpetuò debeant durare insolubili vinculo connexa. Secundo: Annon ipsa Roma sæpissimè à scriptoribus appellatur *Urbs aeterna*, (vid *Lips.de magn. Rom.*) quam tamen constat ex historiis sæpissimè direptionibus barbarorum fuisse expositam, adeoque vastatam & eversam, ut hodierna Roma planè sit nova, & à vetere diversa. Sic igitur etiam leges, quas sui latores cum primum conderent hoc augurio, voto

atque omine condebant, quasi æternę essent futuræ: tametsi secus res cecidit propter eas quas copiosè commemoravimus, causas.

CAP. IV.

De Novellarum Justiniani variis editionibus, versionibus, Interpretibus, Glossatoribus, quà veteribus quà recentibus.

SUMMARIA.

1 *Novellæ plaraque Græcè editæ primitùs.*
2 *Græcus textus diu latuit.*
3 *Manuscriptus liber Novellarum Græcarum est Florentinæ: ex quo descriptus Bononiensis.*
4 *Editio Novellarum Græco Latinarum Norica, sive Haloandrina.*
5 *Editio plenior Scrimgeriana; apud Henr. Stephanum.*
6 *Editio plenior Antuerpiana.*
7 *Novellæ Græcæ avorum nostrorum memoriâ in lucem prolatæ.*
8 *De Latinâ Novellarum interpretatione: & primò de Iuliani Antecessoris epitome.*
9 *Vetus Novellarum versio Latina, semibarbara, vulgaris, manca, incerti auctoris.*
10 *Versiones Haloandri, Agylæi Contij.*
11 *Glossatores & expositores Novellarum veteres: Accursius Bartolus, Ioannes, Angelus, Iacobus de Bello visu.*
12 *Commentatores recentes: Wesenbecius, Augustinus, Cuiacius, Balduinus, Suarius, Speckhan, Arumæus.*

1 PRomisi, me indicaturum varias hujus operis Novellarum editiones, & interpretationes atque explicationes sive commentarios. Id nunc tempus monet ut præstem. † Principio autem illud repetendum est quod & supra monui *sub. 2. cap.* Novellas multo maxima ex parte originaliter lingua Græca conscriptas fuisse, panciſſimis exceptis quæ Latino constant stylo, ut *N. 9. 11. 23. 62. 143. 150.* Quod diligentissimè annotavit Ant. Augustinus *in paratit. Nov.* Ubi etiam discriminavit à Novellis Justiniani quasdam aliorum Principum, ut Justini Minoris & Tiberii, quæ illis sunt intermixtæ, *ut Nov. 140. 163. &c.* Quod si quis causas quærat, cur Imp. Græca potius quam Latina hîc uti maluerit eruditè illas investigat & aperit Fr. Balduin *in protheor. ad N. const.* † Græcus igitur textus Novellarum (qui omnium confessione pro fonte habendus est) diu latuit, velut obrutus ac sepultus tenebris, bibliothecarum Græcarum & Italarum. † Manuscriptus liber Novellarum Græcarum est Florentiæ (*in Hetruria*) (unde etiam Pandectæ venerandæ antiquitatis prodierunt ante hos 50. & aliquot annos curante Cancellario Magni-ducis Hetruriæ, Cosmæ Medicis, Lælio Taurello) ex quo libro Florentino descriptus est Bononiensis. † Quo Bononiensi usus est Greg. Haloander Zwickaviensis. Huic doctissimo viro eatus debetur, quòd non solum reliquos omnes libros juris civilis emendatiores ediderit, ex officina Joann. Petræi: sed etiam primus in lucem protraxerit Novellas Græcas à se in Latinum sermonem conversas. Prima hæc editio Haloandrina incidit in annum Christi 1531. non sine magna & illustri gloria etiam senatus Norici, qui huic operi sumptus subministravit. Secutus est multis pòst annis Henricus Scrimgerus, qui plenius exemplar

emplar manuscriptum nactus Venetiis quod Bessarionis Cardinalis quondam fuerat, supplevit ex illo libro, quæ editioni Noricæ deerant, ediditque apud Henr. Stephanum easque Latinè vertit Henricus Agylæus Buscoducensis Belgaidem qui & Novellas Leonis Latinè loqui fecit, Nonnullas etiam vertit in latinam linguam Ant. Contius. † Græca illa editio plenior prodest cum reli- 6
quo jure civili etiam Antuerpiæ anno 1575. Apud Christoph Plantinum cum præfatione Lud. Charondæ. In corpore autem juris Jul. Pacii & Dn. Gothofredi & Baudozæ omittitur non rectè, ut puto: cum sæpenumerò res postulet ut ad fontes ipsos recurramus, quoties scilicet vacillat veteris & vulgatis Interpretis fides. De qua non immeritò etiam Haloander conqueritur *in præfat. suæ editionis ad Senat. Reip. Norice.* Hæc de Græcis Novellis, earumque editionibus: quibus per multa secula caruit orbis Christianus, non sine insigni juris detrimento & rerum humanarum incommodo. † Auorum autem memoria no- 7
strorum, sicut alia plura vetustatis monumenta cæperunt erui & in lucem proferri: ita hæc quoque fœlicitas seculo nostro contingit quam gratis animis amplecti, & in usus nostros convertere debemus, nisi adversus divina beneficia ἀγνώμονες haberi volumus, proindeque nos ipsos illis indignis reddere. † Se- 8
quitur de Latina Novellarum interpretatione, ut dicamus. Prima est Juliani antecessoris, qui tempore ipsius Imp Justiniani jura professus est & hoc illustre elogium promeruit, ut diceretur *lumen Jurisprudentiæ* sive ut Græca verba habent νομικῆς φάος, & in quo natura ostendere voluerit se omnia posse. fatente Roma & Beroe, seu Beryto; quæ *legum nutrix* appellata est propter scholam juris quæ ibi floruit. Fuerunt quidem plures Juliani: unde extitit etiam dissensio inter doctissimos viros de Auctore Epitome Novellarum. Et Alciatus quidem existimavit fuisse Julianum Patritium quendam; cujus mentio fit apud Priscianum, *in proœm* qua in sententia fuisse video etiam Fr. Balduin. in protheor. Novellarum, sed Alciatum refutavit Anton. Augustinus, & docuit potius Juliano Antecessori illud opus adscribendum esse. Verum hic Julianus Novellas non vertit integras, neque ad verbum; ut vetus Interpres alter, de quo mox dicam: sed in epitomen illas contraxit, eisq; proœmia & perorationes, sive prologos, & epilogos detraxit: ipsâ duntaxat legislationis summâ retentâ. Hunc Juliani librum primus edidit Nic. Boërius, cujus & decisiones extant: Deinde & Ludovicus Miræus edidit eundem Lugduni, anno 60. apud Joan. Tornæsium. Edidit quoque Ant. Augustinus & denique Petrus Pithæus Basileæ, apud Petr. Pernam, anno 76. Hujus epitome Juliani utilitatem demonstrat Ant. Augustinus *in præfat. sua ad eandem*, ibi: *dicet aliquis, Quid mihi cum Juliano, &c. usque ad finem.* † Secunda Latina versio Novellarum est vetus illa & semibarbara, 9
quæ ferè sola hodiè circumfertur in corpore juris civilis & in Novem collationes *de quibus supra dixi*, tributa est Sed in hac versione multæ Novellæ desunt, quas scilicet ex Græcis libris suppleverunt Haloander & Scrimgerus. Verterunt autem tandem Henr. Agylæus & Ant. Contius. Ignoratur autem huius veteris Interpretis nomen: nec de ætate, qua vixerit, satis constat. Sunt qui putant proximũ fuisse temporibus Justiniani, & vel antiquiorem, vel certè æqua-

lem

Digitized by Google

lem Gregorio Magno, qui Mauritio Imperante vixit. In hac sententia & Balduinum reperio *Justiniani sui p. 573.* Hic Gregorius Magnus, interdum in suis scriptis aliqua loca ex Novellis Justiniani allegat, maximè ex *Nov. 90. & 123.* Videatur Gregorii illius lib. 11 Registri, cap. 54. sed ab illis dissentit Ant. Augustinus *in parat. Nov. 90.* ubi probabilius videri ait, tempore Irnerii, & Bulgari repertum librum Græcum Novellarum operâ cuiusdam Monachi, & Latinum factum ab eodem, qui & Græca verba digestorum convertit, scilicet Bergon-
10 tione Pisano. † Tertia Latina versio est Greg. Haloandri, quæ, ut dixi, Norimbergæ primum prodiit, anno 31. deinde & alibi recusa maximè Antuerpiæ in 4. Accesserunt huic supplementa illa ab Henr. Agylæo & Ant. Contio, postea quam plenius exemplar, curante Scrimgero in lucem prodierat. Atque hi sunt quinque Interpretes Novellarum: Julianus Epitomator, vetus ille ἀνώνυμος, Haloander, Agylæus, & Contius. Nec plures mihi adhuc quidem innotuerunt, qui in hoc stadio decurrerint.

11 † Restat ut indicemus glossatores & commentatores & expositores Novellarum. Comperi autem istos ex antiquis: Accursium & Bartolum: quorum ille, ut in reliquum corpus juris perpetuas scripsit glossas: ita & hoc postremũ eius volumen illis carere noluit Joannes quoq; antiquus glossator in easdem Novellas breves summas scripsit, quibus Accursius suas additiones adjunxit. Liber cum Azonis summa editus est in exemplari Veneto, Legi etiam ex antiquioribus citatum Angelum, qui in Novellas scripserit: & Bartolus allegat et-
12 iam Jacobum de Bellovisu. Sed neutrum horum adhuc investigare potui. † Ex recentioribus alii *Oeconomias* scripserunt Novellarum: ut Matth. Wesenbecius: alii *paratitla* ut Ant. Augustinus: alii *pleniorem expositionem*, ut Jac. Cujacius: Alii denique *scholia* in paucas quasdam scripsêre, ut Fr. Balduinus in Novellam primam, quæ subjecit annotationibus suis in leges Georgicas Justiniani, anno 42. ubi sub finem etiam scholia consimilia promisit in omnes Novellas. An promissa impleverit, quæ fecit minor annis (erat enim tunc annos natus xx. cum prima illa scholia ederet) equidem ignoro: cui nihil tale videre datum est; nisi quòd post 20. annos, cum in Germania doceret Justiniano suo pauca subjunxit in Novellas perpaucas. Ex recentissimis qui hodieque in vivis sunt audivi de trium laboribus, quos huic operi impenderint: scilicet Regneri Sixtini, Jurisconsulti & Consiliarii meritiss. apud Illustrissimum Landgravium Hassiæ: Eberhardi Speckhan professoris Helmstadini: & Dominici Arumæi Ienensis. Sed horum commentaria videre mihi nunquam contigit, ut ita auxiliaribus ipsorum copiis niti non possimus, &c.

CAP.

CAP. V.

De utilitate Novellarum, & difficultate eas explicandi: & cauſis illarum difficultatum: & quomodo eæ difficultates ac ſalebræ poſſint ſuperari.

SUMMARIA.

1 *Partitio capitis.*
2 *Prima capitis pars: de utilitate & neceſſitate Novellarum.*
3 *Novellæ Authenticis Codici inſertis triplici nomine præferendæ.*
4 *In Novellis planaque ad æquitatem naturalem revocata, ſemotâ nimiâ iuris ſubtilitate.*
5 *Halœandri locus illuſtris, in laudem Novellarum.*
6 *Secunda pars capitis: de difficultate Novellarum.*
7 *Difficultatis Novellarum cauſa prima, prolixitas.*
8 *Secunda difficultatis Novellarum cauſa, ordinis & connexionis defectus.*
9 *Tertia cauſa: rerum planè diverſarum conglobatio, earundem tædioſa repetitio: conſtitutarum abrogatio.*
10 *Cauſa quarta: Inepta interpretatio.*
11 *Quinta cauſa: Editionum varietas.*
12 *Sexta cauſa: Interpretum de quibuſdam locis Novellarum concertatio.*
13 *Pars capitis tertia: de modo ſuperandi Novellarum difficultates & ſalebras, per remedia contraria.*
14 *Primum remedium: prolixitatem in panca contrahere.*
15 *Alterum: inordinata in ordinem adducere.*
16 *Tertium: malè connexta ſegregare: ſæpius repetita patientiâ vincere, mutata unoquoq; loco annotare.*
17 *Quartum: à dubia interpretatione veteri ad fontes recurrere.*
18 *In iure non tam verborum & orationis elegantia, quam rerum veritas, & æquitas iuris ſpectanda.*
19 *Franciſci Pithœi gloſſarium intelligendis verbis Novellarum obſcuris aptum.*
20 *Quintum remedium: In editionum diſcrepantiâ iudicium adhibere.*
21 *Sextum: In controverſis interpretum ſententiis, quæ menti legislatoris & æquitati conveniētior, aut quæ uſu receptior, diſpicere.*
22 *Remediis ſuperioribus adiungēda induſtria: cui nihil invium.*

QUintum † caput ex illis quæ ſuprà propoſui, trimembre conſtitui poſſit. 1. de utilitate & neceſſitate Novellarum. 2. de difficultate earundem ad interpretandum ſive explicandum. 3. de ratione ſuperandi illas difficultates. 1

† Ad primum quod attinet; poſſet quis forſan dicere, quid mihi cum Novellis? Annon ſatis habemus, quod agamus & diſcamus in Inſtitutionibus, Digeſtis, & Codice? Huic reſpondebimus non poſſe nos carere Novellis, quia ius noviſſimum complectuntur & jus antea receptum ſæpè vel corrigunt, vel abrogant atque immutant ob cauſas ſuperiùs *cap. 3.* commemoratas; ſæpè etiam id confirmant. Etſi igitur reliquos juris libros diligenter evolvere, & manibus terere, & in illis aſſiduè verſari debemus: tamen imperfecta erit Jurisprudentia ex ipſis hauſta: niſi velut colophonem addamus ex jure noviſſimo, quod Novellis continetur. Fieri namque poſſit, ut pars aliqua juris illius, quod in ff & C. didicimus correcta ſit vel abrogata per jus poſterius. Semper enim conſtitutiones poſteriores derogant prioribus *l. ult. ff. de conſtit. princip.* † Rurſum dicet aliquis: poſſe nos eſſe contentos illis particulis, quæ ex corpore Novellarum 2 3

ſunt decerptæ & legibus codicis inſertæ, ac vulgo *Authenticæ* nominantur, ut ſupra dixi, cum indicarem diſcrimen quod vulgò conſtituunt inter *Authenticum* & *Authenticam*. Sed reſpondendum puto primùm neque omnia forſan capita Novellarum, quæ jus novum & veteris correctorium continent, Codici inſerta eſſe (ut ſupra quoque *cap. 2* monui ex Joanne vetere gloſſatore & Weſembecio) neque hæc ipſa quæ inſerta ſunt, optima ſemper fide. Deinde, & ut maximè omnia in C. relata eſſent ſummatim, non tamen idcirco Novellæ aſpernandæ vel abiciendæ forent, quia ad ipſas tanquam fontes recurrendum eſt, quoties fortè (quod ſæpe accidit) de ipſis illis clauſulis Authenticarum diſſenſio atque contentio inter Interpretes enata fuerit. Taceo, quòd ut alibi ita hic quoque *Dulcius ex ipſo fonte bibuntur aquæ* ut ait Poeta & ut Diu. Hieronymus *commentar, in cap. 3. Malach. Multò purior manat fontis unda, quã fluit rivuli aqua.*

4 † Deinde ad utilitatem & laudem Novellarum illud quoque vel maximè facit, quod pleraque omnia in illis ad naturalem æquitatem remotâ nimia ſubtilitate juris revocare ſtuduit Imperator, magis etiam, quæ antea in C. vel ff. factum erat. Videre hoc licet potiſſimum in ſucceſſionibus ab inteſtato, & in tutelis ubi differentiam omnem quæ erat inter agnatos & cognatos per ſubtilitatem juris civilis introducta, ſuſtulit ut ſuo loco videbimus. Sic in teſtamento per querelam inofficioſi reſcindendo conſtituit, ut non totum teſtamentum, ſicut olim evacuetur, ſed tantùm quoad inſtitutionem: reliquis capitibus in ſuo vigore & firmitate remanentibus nempe ob favorem ultimarum voluntatum, quo ea quam minimùm fieri poſſet, infringerentur: quam maximè vero conſervarentur & adimplerentur. Sic in legitima amplificanda: ſic in aliis aliquot juris articulis æquitatem ante oculos habuit legislator noſter. De
5 quibus ſuo loco opportunius admonebitur. † Quanquam autem hæc ipſa ad demonſtrandam utilitatem Novellarum ſufficere poterant: tamen intermittere non poſſum, quin auditoribus eandem ob oculos ſtatuam luculentis verbis Greg Haloandri, quæ ille protulit *in ſuæ editionis nuncupatoria epiſtola ad ſenatum Norimbergenſem: Præſtantiſſimam*, inquit, *& maximè neceſſariam juris civilis partem proferimus, ſcilicet D. Juſtiniani, ſacratiſſimi principis Novellas quot extant, & ut extant, quas meritò aliquis civilium legum colophonem & columnam appellaverit, ut quæ ſolæ reliquo juri civili auctoritatem addant; ſolæ detrahant, ſolæ novam formam & normam attribuant: ſiquidem pro varietate incidentium rerum, & novis ac melioribus æquitatis rationibus emergentibus multa in hoc opere abrogantur, quæ prius reſponſa aut ſancita fuerant: multa auctoritatem recipiunt, quæ in prioribus compoſitionibus vel temerè omiſſa, vel de induſtria rejecta erant: multa in novum coacta ſunt ordinem: multa ad clariorem revocata intellectum, multa quæ pugnantia in aliuſ ſpeciem præ ſe ferre videbantur, ad concordiam reducta. Ne interim dicamus quàm multa, imò innumera obiter & ſubtiliter paſſim decidantur, quæ nullis antea comprehenſa & determinata ſunt legibus, pretioſiſſimum utiq; theſaurum: quem ego ſemper pluris feci & facio, quam omnes omnium regum & principum opes.* Hæc Haloander ad laudem Novellarum ſatis magnificè & luculenter. Aliorum elogia & teſti-

Digitized by Google

& teſtimonia quibus utilitatem Novellarum neceſſitatemque commendarũt, omitto. † Sequitur difficultas Novellarum quam experiuntur quicunque in illis verſari voluerint. † Eius cauſa multiplex allegari poteſt. I. poſita eſt in ipſarum tædioſa prolixitate. Hoc enim vitio cùm aliæ leges Juſtiniani laborãt, tùm maximè ipſius Novellæ conſtitutiones: quod cum ſæpè paucis verbis indicare & præcipere poſſet Imperator, quidnam ſibi vellet aut quid juris eſſet, imò etiam cum hoc facere ex natura legum & præceptorum (ſecundùm illud Horatij *Quicquid præcipies, &c.* Et ſecundùm hoc Senecæ, *Jubeat lex: non diſputet.* Item, *Legem brevem eſſe oportet.* Item *Nihil mihi videtur frigidius, nihil ineptius quam lex cum prologo. Mome, dic, quid me velis feciſſe. Non diſco, ſed pareo.* Locus eſt inſignis apud Senecam *Epiſtola 93.* Cuius parùm certè memor Imperator) ipſe & diſputationes ſuæ legumlationi admiſcet & prologos atque epilogos addit; tanquam aliquis declamator orationes ſcribens: & in omni reliquo ſtylo planè Aſiatica luxuria diffunditur, ac propemodum diffluit. Unde fit, ut major in aliorum Impp. concinna brevitate inſit perſpicuitas, quam in Juſtiniani ſive Triboniani prolixitate, & laciniosis ambagibus. Balduinus *in protheor.* verboſum thraſoniſmum Juſtiniano tribuit & Aſiaticam περισσολογίαν. Ne quid tamen hic diſſimulem, aut Juſtinianum malignè ſuggillare atque exagitare acerbiùs velle videar: commune hoc ipſi eſt crimen cum aliis quoque, & ante & poſt ipſum Imperatoribus: qui Novellas ſcripſerunt: ſi quid modò ad culpæ excuſationem valere poteſt plures eius ſocios habuiſſe. † II. Cauſa eſt, quod in Novellis nullus eſt ordo, neque titulorum ulla inter ſe connexio, cùm in cæteris libris juris pulcherrimus appareat: quod oſtenderunt in ſuis paratitlis & œconomiis, Jac. Cujacius, Matth. Weſembecius & noſter Gyphanius. quorum opera ſunt in medio, & ſe ipſa commendant ſatis. Novellarum autem Juſtiniani rhapſodia qualis ſit, malo auditores ex Balduini quam meis verbis cognoſcant. Sic ergò ille *in Juſtiniano p. 573. ſiquis reget, ecquis tandem aut collegerit vacæas, quas annis XII. Juſtinianus ſparſit, aut in unum eas volumen comecerit: fatebor mihi notum non eſſe hunc Rhapſodum, ſedſimul dicam, farrag nem eſſe ſine ulla arte congeſtam.* † III. Præterea in una ſæpè Novella continentur varia, planeque diverſa capita, quæ nihil habent inter ſe commune (verbi gratia Novella 115. ab Appellationibus deſilit ad Exheredationes, &c.) quaſi coquus imperitus varia jura in unum vas confudiſſet ac miſcuiſſet aut quaſi colonus plura diverſa ſemina in unum confudiſſet. Sæpè quoque diverſis locis eadem repetuntur: non ſine tædio & nauſea lectorum. Sæpè denique quod una Novella conſtituitur id altera abrogatur. Quorum omnium exempla ſuo tempore notanda occurrent. † IV. His quarta accedat cauſa ab Interpretis veteris & vulgaris barbara dictione, quæ talis eſt, ut ab iis qui Latina intelligunt, vix capi poſſit, cum Græcum textum verbatim, ſæpe nullo ſenſu, ac etiam nulla grammatica obſervata reddat, contra præceptum Horatii: *in arte: Nec verbum verbo curabis reddere fidus Interpres.* Cum potius hoc ſit munus Interpretis, dum ex una lingua in aliam quid transfundit; ut attendat ad utriusque phraſin & proprietatem; quàm ut verbis inhæreat. Habet enim quæque lingua ſuos idiotiſmos,

Digitized by Google

ſuas loquendi formulas, ſua orationis lineamenta, ſuos denique numeros; qui in illa altera vel omnino locum non ſortiuntur, vel certè dignitatem non obtinent: ut veriſſimè ſcripſit idem Haloander *in præfat. ad Nov. ſupra quoq; laudata.*

11 † V. Non parùm auget difficultatem Novellarum illa diſtractio animorum & oculorum in tot editiones, & quidem inter ſe non leviter diſcrepantes. Quæ res mirum quantum & intelligentiam & memoriam perturbet. De editionibus adſit Novellarum quàm variæ extent, ſicut & de verſionibus dixi *ſupra c. 4.*

12 † VI. Poſtremò non parùm etiam has difficultates exaggerat Interpretum juris de quibusdam locis Novellarum concertatio. Hæc de cauſis difficultatis Novellarum. Quibus plura nunc non addam: ne cauſas omnes difficultatum, quæ fortaſsè plures etiam ſunt perſequendo nimis rem amplificare, & quenquam ab hac expoſitione deterrere velle videar, ad quam potius multi alliciendi videntur contemplatione utilitatis.

13 † Danda igitur potius opera eſt, ut eas difficultates ſuperemus ac pervincamus, memores illius vulgati verbi: *difficilia quæ pulchra.* Item Claudian. *Armat ſpina roſas: mella legunt apes.* Equidem ego, tametſi remedium adverſus tantas difficultates ab aliis longè inſtructioribus mihi ſuppeditari malim, quam ipſe aliqua proferre: tamen dum id ab aliis fiat, pro virili aliquid conabor. Puto igitur his potiſſimum rationibus poſſe nos pleraſque difficultatum illarum profligare, ſi per contraria nitendo (nam contrariis contraria curanda ſunt)

14 ſequentia obſervaverimus. † I. prolixitatem quidem Juſtiniani quo ad eius fieri poterit, & Aſiaticum illud dicendi genus, in pauca contrahere debemus; retentis neceſſariis, in quibus tota vis legislationis conſiſtit: reſectis autem rejectisque ſuperfluis, quod etiam video eſſe conſilium Balduini *in Juſtiniano p. 524.* cum ait: *circumcidendanobis multa ſunt παρέργα in Aſiaticis illis Juſtiniani conſtitutionibus; ſi ius de quo quæritur, & perſpicere iam inſtituimus, ut inſtituimus, & enucleatum breviter explicare volumus.* Nec immeritò. *Neque enim in verborum multitudine, ſed in vero & iuſto rerum effectu robur Imperii collocandum eſt;* ut notabiliter ait ipſe Imperat. *in pr. Nov. 28.* quanquam ipſe huius ſuæ ſententiæ malè

15 memor fuiſſe videtur. † II. adverſus confuſionis incommodum ſuſcipienda eſt ordinis inſtituendi cura: & quæ ſparſim in Novellis habentur, ad certa quædam capita revocari debent: Cuius rei ſpecimen ut ſpero non contemnen-

16 dum dabo *cap. ſeq. & in toto hoc tractatu.* † III. Diverſa illa capita ac jura, quæ in una ſæpe Novella conjunguntur, ad ſuum locum, ac veluti claſſem propriâ, referenda eſt. Crebras autem eorundem iterationes patientiâ vincere oportet, & cramben ſæpiùs appoſitam benè firmo ſtomacho concoquere ac digerere. Deniquejuris mutationem ſive correctionem, & abrogationem unoquoque loco annotare debemus: exemplo magni Cujacij: & poſtremæ conſtitutioni

17 tanquam potiori adhærendum eſt, *per l. ult. ff. de conſtit. princ.* † IV. Sicubi parum aſſecuti fuerimus ſenſum veteris interpretis, recurrendum eſt ad fontes: id eſt, vel ipſe textus Græcus conſulendus: vel certè illorum interpretum translationes, qui propiùs acceſſerunt ad mentem autoris, ſive legislatoris, ut ſunt Haloander, Agylæus, & Contius. Horum elegantiori ſtylo illius antiqui interpretis

pretis ſtribliginem ac barbariem orationis condire poſſumus. † Quanquam 18
in jure non tàm verborum aut orationis ſpectanda eſt elegantia, quam rerum veritas & æquitas juris, adeoque malim aliquem ineptè loquentem, ſed rectè ſentientem de jure & æquitate; quàm alium vel elegantiſſimæ orationi ſtudentem, ſed malè interim ſentientem, vel falſas de jure opiniones propugnantem. (Sicut Themiſtocles, *malle ſe*, aiebat, *virum pecunia, quam pecuniam viro indigentem*) tamen ſi utrumque conjunctim haberi poteſt, id eſt, & res atque ſententiæ veræ, & oratio quoque elegans ac propria atque diſerta, quis eſt qui non hoc malit? Sicut nemo certè tàm erit ſtolidus, qui data ſibi optione, non malit vinum generoſum ex eleganti patera, quàm ex ſpurco aliquo & ſordido poculo haurire: tametſi hoc quoque non modo ſitim reſtinguere, ſed etiam gulæ quis ſatisfacere poſſit. † Proderit etiam ad verum intellectum quorundam verborum in Novellis occurrentium, nec non in epitome Juliani gloſſarium Franci- 19
ſci Pithæi quod is ſuæ editioni Novellarum Juliani ſubiecit. † V. Si qua in- 20
ter diverſas editiones Novellarum offeratur diſcrepantia: facilè res componi poterit, mediocri ſaltem adhibito judicio: quod etiam, dico, requiri in diverſitate interpretationum; de qua dixi *n. 4. præced.* † VI. & ultimo contentiones 21
interpretum de locis controverſis ita ſapiemus, ſi vel attenderimus, quænam ſententia ex diſcrepantibus, magis conveniat ſenſui legislatoris & æquitati: vel, quæ ſit uſu recepta, & communiter approbata: Nam hic quoque valebit illud Pauli: *Optima eſt legum interpres conſuetudo. l. 37 ſi de interpretat. cum l. ſeq. ff. de legibus.* Atque hos eſſe puto modos præcipuos, quibus omnes ſalebras & difficultates, quæcunque in Novellarum tractatione obiicientur, ſuperare poteſſimus: † quibus & hanc aſſociabimus rationem, quæ à diligentia atque in- 22
duſtria petitur: cui nil non pervium eſt ac perveſtigabile; Deo præſertim aſpirante: ſine quo *nullius eſt felix conatus & utilis unquam, &c.*

CAP. VI.

De quindecim ſummis rerum capitibus, ad quæ ferè quicquid in opere Novellarum occurrit memoratu dignum poſſit referri.

SUMMARIA.

1 *Novella in aliquam artis & ordinis ſpeciem redigenda.*
2 *Epitome Novellarum, Gothofredi.*
3 *Methodus Novellarum, Prateii.*
4 *Teſtamenta non ſunt iuris publici, ſed privati: contra Prateium.*
5 *Novellarum diſtributio Prateiana, ſatis concinna eſt.*
6 *Auctoris diſtributio Novellarum in partes quindecim.*
7 *Sæpè unum aliquot ius ad diverſos titulos referri poteſt.*
8 *Pulcherrimarum rerum cumulus in Novellis continetur.*

QUoniam & ſuprà dixi, & eſt in propatulo atque confeſſo, Novellas nullo ordine conſtare, ſed confuſè ac perturbatè pleraque omnia hîc eſſe congeſta: ſæpè etiam diverſa jura ſub unum aliquem titulum, te-

merè, & ut ſors tulit, coniecta: remediũ opportonum huic malo adhibendum
1 eſt, † & cogitandum de Novellis in aliquam artis & ordinis ſpeciem redigendis. Et quidem aliorum epitomas ſua laude, quam merentur hic defrauda-
2 re nolumus. † Extat epitome Novellarum Gothofredi in corpore juris præfixa Novellis: ubi ferè ſequitur ordinem Codicis: quoad eius fieri potuit. Nam
3 multò plures ſunt tituli Codicis quàm Novellarũ. † Extat præterea etiam Pandulphi Prateij Methodus Novellarum quæ ex vulgato Lexico juris peti poteſt, *in verbis Novellarum methodus p 369* Sed in hac illud mihi non probatur 1 quod tabelliones & ab illis confecta inſtrumenta, de quibus potiſſimum agit Novel.
4 44. refert ad jus publicum. 2. quod teſtamenta juris publici eſſe ait. † Cujus contrarium eſt apud Ciceronem, & apud Jureconſultos qui certè de teſtamentis non agunt ſub jure publico; ſed ſub jure privato; ut patet *ex Inſt. D. & C.* Neque ad rem facit *l. 3. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* qua ille ſuam ſententiam probare nititur. Non enim ibi dicitur à Papiniano, quod ipſa teſtamenta ſint juris publici, ſed hoc tantum, teſtamenti factionem ex jure publico deſcendere, ſive non privati, ſed publici juris eſſe. Quod eleganter explicatur ab Impp *in l. teſtandi. C. de teſtam.* Facultas quidem teſtandi de pecunia ſua legibus certis ſive jure publico permiſſa eſt, verbi gratia X I I. Tabularum quam antiquiſſimam legem etiam Imp. in his ipſis Novellis laudat, ut *N. 1. N. 22. & cæteris.* Et has leges ibidem Impp. vocant *formam jurisdictionis:* vocant item *jus publicum*; rectiſſimè ſanè: non vero ipſum teſtamentum, quod nihilominus eſt & manet juris privati quamvis eius ordinandi facultas, non privatorum pactionibus tribuatur, ſed jure publico, ſive à legibus penes quas rerum noſtrarum arbitrium eſt. Quod obiter hic monere volui, ne quis vel dicta *l. 3.* malè accepta, vel Prateij, aliorum-
5 ve autoritate in fraudem inducatur. † Alioquin in ipſius Prateij diſpoſitione & methodo nihil admodum occurrit quod deſiderem. Satis enim aptè & concinnè ita partitur Novellas, ut quædam earum referantur ad jus publicũ, quod ſcilicet ad ſtatum Reipub ſpectat, ſive, ut Ulp loquitur ad ſtatum rei Romanæ, *l. 1. § 2. huius ſtudii. ff. de iuſt. & jur.* conſiſtens in ſacris, ſacerdotibus, & magiſtratibus *d. l. 1. & §. ult. inſt. eod* Quædam ad jus privatum pertineant. Et harum rurſus aliæ ad jus perſonarum: aliæ ad jus rerum: aliæ denique ad actiones, quæ ferè etiam eſt methodus Inſtitutionum Imperialium: niſi quod de jure publico in illis nihil tractatur: excepto titulo ultimo, *de publ. judic.* qui tantum guſtus alicujus præbendi gratia ibi ad jus privatum adjungitur.

Hæc de diſtributione Prateij & Gothofredi. Sed ut dixi aliorum laborem
6 ſuo loco relinquam: & unicuique ſuam laudem. † Noſtra hæc erit diſtributio in partes X V. Ad quas in expoſitione iſta me accommodabo, & ſingulis ſua quædam ſubiiciam capita.

I. Pars erit de jure ſacro, ſive de jure publico divino: eoque partim circa perſonas, partim circa res & bona verſante.

II. Pars erit, De jure publico humano: quod partim circa leges & ſimiles juris ſpecies, earumque conditionem explicandam occupatur: partim circa magiſtratus. Atque ita primis hisce duabus partibus, continetur jus publicum

cuius

Digitized by Google

cuius unam ſpeciem nſtituo jus ſacrum, ſive divinum; & alteram, jus humanum. Etſi autem m illa quæ de jure fiſci, & de vectigalibus traduntur, nec non de publicis judiciis ac pœnis, ad jus publicum referenda ſunt: tamen ea reiiciam ad extremum: ſecutus in hac re exemplum tàm ff. quàm C. in quibus operibus hæc ſimiliter in ultimum locum reſervantur.

III. Pars inchoabit jus privatum. Et 1. quidem hic explicandum erit de contractibus tàm principalibus, quam acceſſoriis. Item de his, quæ in contractibus ſæpè veniunt, ut ſunt uſuræ, fœnus nauticum, antichreſis, &c.

IV. Pars erit De Nuptiis, quarum aliæ ſunt primæ, aliæ ſecundæ: aliæ juſtæ aliæ injuſtæ. Neque hæ unius generis Ad hanc partem referenda quoq; ſunt, quæ in Novellis occurrunt, de divortiis ac repudiis, tanquam modo diſſolvendarum nuptiarum.

V. Pars aget, De dotibus & donationibus propter Nuptias, utpote quæ nuptiis ferè tanquam pediſſe quæ ſoleant accedere Huc etiam obiter referri poterunt, quæ de aliis donationibus hic conſtituuntur. Item quæ de bonis liberorum.

VI. Pars erit, De Teſtamentis & eorum jure, de teſtam. parentum inter liberos: de legitima liberorum, parentum & fratrum: de cauſis exhæredationis teſtamento inſerendis de fideicommiſſariis hæreditatibus, & de reſtitutione fideicommiſſorum: deque alienatione eiusmodi bonorum, quæ reſtitutioni ſubjacent, ſive obnoxia ſunt de legato relicto nomini divino: de Falcidia & Trebelliana: denique de manumiſſione in teſtamento facta: quid, inquã, de his omnibus conſtituerit Juſtinianus in Novellis, vel etiam quid horum occaſione quæri & controverti maxime ſoleat.

VII. Pars, explicabit jura ſucceſſionum legitimarum, ſive ab inteſtato.

VIII. Pars erit, De Tutelis & quæ ad eas pertinent.

IX. Pars eas complectetur Novellas, quæ ad judicia pertinent, ſive quæ de ordine judiciorum aliquid cavent atque conſtituunt. Sunt autem longè plurimæ in Novellis conſtituta, de re judiciaria; ut ſuo loco videbimus.

X. Pars continebit ea, quæ agunt de ſecundis judiciis, ſive de Appellationibus Nam iccirco hæc pars ſeparanda videtur à præcedente, ut nimia illius prolixitas quæ ex conjunctione exiſteret, evitetur.

XI. Pars erit de Præſcriptionibus. & illarum jure vario.

XII. Erit de jure fiſci. & vectigalibus, quæque eò referri poterunt.

XIII. Aget de publicis judiciis: de accuſationibus: de blasphemia de adulteriis: de raptu mulierum, de ſtupro: de lenocinio: de eunuchis, de infantibus expoſitis: de vi publica: de ſepulchro violato: & ſi qua ſunt alia crimina.

XIV. Erit de pœnis: ad quem tractatum etiam pertinet, quod de bonis damnatorum ſancitur.

XV. Et ultima continebit Novellas ad rem militarem pertinentes Nam hanc quoque Imp. in Novellis non reliquit intactam.

† Eſt autem hoc quoque operæprecium obſervare ad extremũ: Sæpè unum 7 aliquod jus poſſe ad diverſos, ſed tamen ad cognatos titulos non incommodè referri, ut opportunè aliquando admonebo. † Ex

8 † Ex hac distributione atq; enumeratione cuivis luce clarius apparet, contineri hîc pulcherrimarum rerum cumulum, ac segetem uberrimam: cuiusvis ac potestas per totum jus civile porrigitur, aut certè maximam eius partem occupat. Faxit DN. DEUS OMNIPOTENS, ut hunc thesaurum tam præciosarum mercium, in usus nostros fructuosè & feliciter convertamus, & ad ipsius tanquam fontis justitiæ gloriam omnia referamus.

CAP. VII.

De ratione huius expositionis, & interpretandi Novellas.

SUMMARIA.

1 *Obsoleta leviter attingenda: usitata inculcanda.*
2 *Quid statutis aut moribus mutatum, indicandum.*
3 *Quid in Camera Imperiali observetur, indicandum.*
4 *Alterooculo in ius scriptum Iustiniani, altero in mores seculi nostri, intenti esse debemus.*
5 *Iustiniani leges à moribus nostris non approbatæ, nos haud obligant.*
6 *Galli suis moribus Romanis utuntur non ut legibus, sed ut rationibus.*

1 EXplicationem porrò Novellarum sic attemperabo † ut obsoleta, & inusitata (qualia hic non pauca occurrunt, præsertim circa magistratus qui tempore Justiniani erant; & huiusmodi alia) ab usitatis separans, illa vix attingam; in his verò aliquantò plus immorer, aut si hoc per tempus non liceat, saltem eò remittam auditores, unde pleniorem
2 expositionem petere possit † Adjungam quoque, si quid ex jure isto novissimo Justiniani, vel per leges aliquas municipales (quæ *statuta* vocantur inter quæ facilè excellit *Jus Saxonicum*, cuius usus latissimè patet) vel per consuetudines Germaniæ nobiliores (omnes enim & quaslibet persequi esset infinitum: à quo jus nostrum abhorret, quod finitum & est & esse debet, *l. 2. ff. de jur. &*
3 *fact. ignor.*) immutatum & aliter observatum meminero. † Non prætermittam quoque, si quid occurrerit notatu dignum de iis, quæ de unoquoque juris
4 articulo in Camera Imperii, observantur. † Nam sicut alias sæpenumerò monui; ita hîc quoque faciendum est: scilicet altero oculo in jus scriptum Justiniani, altero in mores seculi nostri intenti esse debemus. Si quidem cum fructu
5 in juris prudentia tractanda versari volumus, sicut velle debemus. † Etenim quatenus leges Justiniani à moribus nostris non sunt approbatæ non magis nobis jus facere poterunt, aut nos obligare, quam vel Leonis Philosophi, aliorumque Græcorum Imperatorum superiùs enumeratorum Novellæ: vel Gallorum, Polonorum aliorumve populorum, imperio Romano non subie-
6 ctorum leges & constitutiones. † Qua ratione eleganter etiam scribit Petrus Pithæus de Gallis suis *in exempla ad Christoph. Thuanum, præsidem primarium Curiæ Parisiensis*: eos legum Romanarum majestatem sic comiter conservare; ut tamen illis nihil in se licere patiantur, nisi quod earum rationi & æquitati, non auctoritati & sanctioni concedant. Hactenus igitur jacta sint fundamenta

nostri.

Digitized by Google

noſtri huius quaſi ædificii. Deinceps ipſum extruere incipiamus, cum bono ac propicio Deo; qui det ut ſuo tempore eidem & tectum, & faſtigium imponamus: ubi tamen pauca etiam admonuero.

CAP. VIII.

De idoneo Novellarum auditore, quod erit περιλεγομένων.

SUMMARIA.

1 *Non temerè quibusvis, aut quandocunq;, tradenda disciplina.*
2 *Ordine progrediendum in ſtudiis.*
3 *Vt Ariſtoteles de idoneo auditore ethices, ita auctor de idoneo Novellarum auditore, diſputat.*
4 *Novella ultimo loco tractanda videntur.*
5 *A Novellis inchoandam cognitionem Iuris eſſe. Agylæus voluit.*
6 *In Novellarum auditore idoneo, cognitio reliquorum librorum Iuris, linguæ Græcæ, & hiſtoriæ Romanæ, una cum diligentia, requiritur.*

NOn temere † quibusvis auditoribus nec quovis tempore tradendas 1
eſſe quaslibet diſciplinas monent nos exempla veterum: ſuadet & ipſa ratio. Nihil hîc dicam de ingeniorum delectu, quem agere ſolebant accuratiſſimum. Nihil de rationibus Pythagoreorum, de quibus Diogenes Laërtius, Jamblichus, Malchus, & alii. Obſervabant illi pro oraculo effatum ſui magiſtri ſive majoris: Σχῆμα ἢ ἕξις. quibus duobus verbis mirum quàm multa contineantur. † Nec ad honores tantùm & munera gra- 2
datim aſcendendum eſt, ut Divus Pius reſcripſit, *l. 11. ut gradatim. D. de muner. & honor.* ſed in ſtudiis etiam ordine eſt procedendum. † Quid Ariſtoteles? non- 3
ne *ſub initium Philoſophiæ de Moribus* ipſe quoque declarat quem eius idoneum auditorem eſſe exiſtimet? Concluditautem, Adoleſcentes non eſſe, ob rerum humanarum imperitiam. Ad idem igitur exemplum quæri etiam à nobis hîc poteſt nō importunè, de Novellarum idoneo auditore, ut nimirum unusquisque ſciat quid huc adferre, & quibus nam rebus inſtructus venire debeat ad auſcultandam illarum, quam, Deo propitio, traditurі ſumus, expoſitionem. Neque verò ſatis expedita eſt hæc res. † Videbatur ſanè ad extremum reſer- 4
vanda Novellarum tractatio, poſteaquam ſcilicet priora tria Juris Civilis volumina probè quis pervolutarit ſibique familiaria fecerit: Inſtitutiones dico, Pandectas & Codicem. Nam cum quoad ſanctionem & tempora legislationis iſtius omnibus quos dixi libris poſteriores ſint Novellæ (unde & nomen Νεαρῶν Διατάξεων acceperunt) videntur certè etiam quoad lectionem atque expoſitionem ultimæ eſſe debere. † Verum tamen Henricus Agylæus *in Præfatione ad Regem Hiſpan. Philip. II. quam libro ſuo ſingulari ad ea quæ in Novellis ius civile attingunt, præmiſit*, non dubitavit ita pronuntiare; Cognitionem juris à Novellis rectè inchoari, aut ſaltem proximum illas gradum poſt Inſtitutiones obtinere debere. Cui quidem opinioni per me quisque tribuat quantum volet. 5
† Nobis Auditor Novellarum talis eſto, qui non modò. Inſtitutiones & Prin- 6

Digitized by Google

cipia juris probè perdidicerit, ſed in cæteris quoque libris juris (qui omnes ferè inter ſe apti nexiq́ue ſunt, ſeq; mutuò reſpiciunt, operas tradentes mutuas) non ſit hoſpes. Præterea ad hanc acroaſin adferat aliquam, ſi non exactam, ſaltem mediocrem Græcæ linguæ cognitionem, ut ad fontes deductus à verſionum ſive lacunis ſeu rivis, inoffenſo pede ſequi poſſit doctorem. Inſtructus ſit inſuper mediocri peritia rerum civilium, & hiſtoriæ maximè Romanæ, ac temporum Juſtiniani notitia. Diligentiam autem & aſſiduitatem atque in propoſito conſtantiam ſi ab auditore meo exigam, id exigam ſcilicet, quod omnium eſt ſtudiorum commune.

PARS PRIMA
DE
JURE SACRO, SIVE
DE
PRIMA PARTE
IURIS PUBLICI AD REM DIVINAM SPECTANTE.

CAP. I.

De Sacris Bibliis eorumq; Interpretibus, & lectione, & de libris Canonicis.

SUMMARIA.

1 *Quid Vlpianus per ſacra in partitione iuris publici intellexerit. & num 4.*
2 *Sacra paganica quamdiu manſerint.*
3 *Sacra paganica unde manârint.*
4 *Romani religionem & ſacra ſua habuerunt loco inſtrumenti ad conſervandum ſtatum Reipublicæ.*
5 *Religionis Chriſtianæ alia longeque præſtantior origo, alius que finis, quam paganicæ, & Romanorum veterum.*
6 *Quid Iuſtinianus de ſacris Bibliis in Novellis conſtituerit.* & num. ſeqq.
7 *Locus ex Nov. 133. de utilitate ſacrorum bibliorum,* & num ſeqq.
8 *Lectioni Bibliorum adiungenda oratio.*
9 *Laicis quoq́, legenda Biblia. & n 12.*
10 *Veteris Teſtamenti canonici tot, quot elementa literarum apud Hebræos.*
11 *Novi Teſtamenti libri, anchora & fulcra noſtræ fidei.*
12 *De Novella Iuſtiniani 146. quo fine, modo, ſermone legenda Biblia.*
13 *Finis lectionis Bibliorum non ſola cognitio ſed etiam actio, ſeu vitæ conformatio.*
14 *Modus legendi Biblia: ut non ſolis attendatur literis aut vocabulis, ſed magis rebus ipſis.*
15 *Linguâ quavis notâ & familiari legenda ſacra litera.*
16 *Veteris Teſtamenti interpretationes Græca variæ*
17 *Septuagintæ Interpretum verſionis commendatio.* & in fine num. 19.
18 *Hiſtoria de LXX. interpretibus Græcis Teſtamenti veteris.*
19 *Interpretatio Aquilanæ Bibliorum à Iuſtiniano legi permiſſa: haud magnâ ratione. Et quis ille Aquila fuerit.*
20 *Aliæ quinque à Iuſtiniano reprobatæ, & quid ſint?*
21 *Bibliorum veteris Teſtamenti translationes Græcæ aliæ variæ.*

Digitized by Google

22 *Novum testamentum originaliter Græcè scriptum, excepto Evangelio S. Matthæi, secundum quosdam.*
23 *Biblia hodiè in omnium ferè gentium linguas translata extant.*
24 *Judæi Hebraicorum Bibliorum depositarii & custodes.*
25 *Impia quædam dogmata per Justinianum Novel. 146. rejecta.*
26 *Locus elegans Salviani Massiliensis de Bibliis nostris.*

NOn est dubium, † quin Ulpianus, cum Juris publici partem unam constitueret eam, quæ versatur circa sacra, *in d. l. 1 §. huius studii. ff. de Just & jur* longè alia intellexerit sacra, quàm Justinianus, qui ipsius verba, sed aliamente, usurpavit. Constat enim Ulpianum, quamvis aliquot centenis annis post Christum natum floruerit maxime sub Imperatore Alexandro, sub quo præfectus prætorio fuit: *vt est in l. 4 C. de locato* & præfectus annonæ *l. 4. C. de inutil. stipulat.* ubi amicum suum vocat Imp. Ulpianum: tamen paganam sive gentilium religionem adhuc secutũ fuisse: scripsisse etiam quædam in Religionem Christianam, ut ex Lactantio didicimus. Manserunt † autẽ 2
sacra illa, & sacrificia paganica, non solum usque ad Constantinum Magnum sed etiam longè pòst, ad tempora utriusq; Theodosij & Valentiniani, ac Marciani, & Leonis atque Anthemii: ut non solum ex epistolis Symmachi, & orationibus Themistii. & historia Ammiani Marcellini cognoscimus: sed etiam in titulo Codicis *de pagan. & sacrif. & templ. videre licet.* Constat † hoc quoq; 3
Ipsorum sacra & sacrificia omnes q̃ue ritus colendi Numinis divini (quod ipsi sibi erroris opinione finxerant: cum tamen idolum in mundo sit nihil; teste Apostolo Paulo *ad Corinth.*) manasse à disciplina Hetruscorum, & fuisse penes Pontifices augures, & aruspices; quorum erant certa collegia: ut nunc vestales omittam. Hi omnes miris sæpè artibus homines sub prætextu religionis deludebant, ac dementabant: ut multis exemplis probatur apud Cic. *de divinat.* & apud Livium, aliosque autores, ut non immeritò dixerit Cato, se mirari, quod non rideret aruspex, aruspicem cum vidisset. Tanti scilicet ipsi suam religionem faciebant, ut risu dignam putarent. Denique † constat, veteres Roma- 4
nos habuisse religionem & sacra sua, loco instrumenti, ad conservandum statum Reip. Quæ causa est, quare Ulpianus *d. loco*, cum definisset jus publicum, quod ad statum rei Romanæ, id est, reipublicæ, spectet; mox subiiciat huic generi tanquam speciem jus Sacrum: & alteram speciem faciat id quod in magistratibus consistit. Non ita † sacrosancta religio quam nos colimus, & quam 5
ab alio Pontifice didicimus. De quo præclarè & prolixè disserit Paulus *in epist. ad Hebr.* Quam etiam novimus non debere esse instrumentum publicum, sed salutis animorum procurãdæ. Hæc, inquã, non ex Hetrusca vel ulla alia humana disciplina hausta est, sed divinitus profecta, & per revelationem, quæ est ex spiritu Sancto generi hominum ostensa. De qua origine & autoritate religionis nostræ, non est quod hìc pluribus agamus: cum huius rei copiosior tractatio & explicatio potiùs ad Theologos pertinere videatur. Nota sunt & verò omnibus esse debent hæc scripturæ divinitus inspiratæ dicta: Ex Sion exibit lex, & verbum domini de Hierusalem. Item, qui annũciat verbum suum Jacobo, &

bo, & judicia ſua Iſraëli. *Pſalm. 147. prope fin.* Non fecit taliter omni nationi, & iudicia ſua non manifeſtabit eis. Item *Pſal. 103. v. 7.* Notas fecit Moyſi vias ſuas: filiis Iſrael voluntates ſuas. Sic *Eſa. 8. v. 20.* ad legem & ad teſtimonium &c. Item *Eſa. 40. v. 8.* Verbum Domini noſtri manet in æternum. Quò reſpexit Salvator *apud Lucam 21.* Item, per Spiritum Sanctum impulſi olim locuti ſunt ſancti Dei homines. *2. Pet. 1. v. 20.* Item, Deum nemo vidit unquam: Filius qui eſt in ſinu patris, enarravit nobis *Ioh. 1.* Summa autem huc redit: Veram religionem ex patefactione divina deſcendere: quæ nos & de eſſentia Dei docuit, quantum ſaluti eſſet ſatis: & de voluntate eiusdem, & de ipſius colendi vera ratione. Patefactionem verò illam, & lucem cœleſtem, ſine qua in meris verſaremur tenebris, in ſcripturam eſſe redactam: quam propter excellentiam vocamus *Sacram*, & *Sacra Biblia*: item vulgò *libros Veteris & Novi Teſtamenti* ſive Fœderis: item *libros Propheticos* & *Apoſtolicos*. Hinc igitur petendum eſt quod & ad fidem rectam, & ad mores vivendi pertinet Si ſcire vis, quid tenendum ſit, habes literas ſacras: Perfecta ratio eſt hoc tenere quod legeris: ut ait notabiliter Salvianus Maſſiliéſis *lib 3. De gubernat. Dei. p. 59.* Conſimiliter & Irenæus *lib. 3. adverſus hæreſes. p. 189.* Firma eſt, & non ficta, & ſola vera, quæ ſecundum nos eſt, fides, manifeſtam
6 oſtenſionem habens ex ſcripturis, &c. His † ad hunc modum præmunitis, nunc age videamus, quid ergo Juſtinianus de ſacris Bibliis in hisce Novellis conſtituerit. Duo nunc proferam loca quorum uſus eſt *Novella 133.* alter *Novel-*
7 *la 146.* Priore loco † utilitatem lectionis ſacræ ſcripturæ his demonſtrat verbis: *(cap. 2.) ſacris ſcripturis incumbant. Plurimum itaque* (videtur rectius legi *Namque*: cùm in Græco textu ſit γὰρ: quod & ſenſus ipſe poſtulat) *eſt horum librorum chorus ſacer, & poſſibile eſt unicuique animum corrigere atque rigare ſacris ſcripturis* (malim *oraculis*. nam in Græco eſt λογίοις) *quas ſi frequenter legent, nunquam decipientur, nec ad humanas deſcendent ſolitudines.* Inſignis profectò hic eſt locus, in quo Imp. procul dubio reſpexit ad verba Apoſtoli Pauli *2. Timoth. 3. v.*
8 *15. & duob. ſeqq.* Rectè † hoc quoque quod ibidem lectioni immediatè conjungit orationem, quæ duo ab aliis quoque ſanctis patribus ſæpè jubemur copulare: ut à Cypriano, Chryſoſtomo, Hieronymo, Ambroſio, Iſidoro, & aliis: qui omnes dicunt, Deum nos alloqui cum oramus: & Deum audire, ſive Deum loqui nobiscum, quoties divina legimus oracula. Videatur S. Ambroſius *lib. 1. officiorum cap. 20.* Cypr. *in epiſtola illa nobiliſſima ad Donatum lib. 2. epiſt. 2. &* Chryſo.
9 *homil. 6. in prior. ad Theſſalonic. item in duob. libris de oratione.* Etſi † autem Imp. *in d. Nov. cap. 2.* hæc in ſpecie ita ſancit de Monachis: tamen ſcire debemus non ipſis ſolis, neque clericis duntaxat hæc præcipi, ſed etiam laicis, & omnibus in univerſum Chriſtianis: quod ſæpiſſimè in homiliis ſuis inculcat Chryſoſtomus: qui quidem non dubitat etiam hoc affirmare, quod forſan paradoxum alicubi videatur: Laicis ſive ſecularibus magis etiam quam ipſis clericis ac ſacerdotibus, neceſſariam eſſe ſacrarum literarum lectionem. Sed ipſe hanc addit rationem, quia quò plures delinquendi occaſiones offerantur Laicis in tractatione rerum humanarum, a qua clerici debent eſſe remoti: eò pluribus etiam indigeant antidotis peccatorum, quę à ſacrarū literarum lectione ſint petendę.

Eſtque

Digitized by Google

Estque ad hanc rem memorabilis postremus Canon Apostolicus (vulgo isti Canones ascribuntur Clementi qui Romæ à S. Petro Episcopus fuerit ordinatus) qui sic habet ex interpretatione Latina Haloandri: *Sunto omnibus vobis, Clericis simul & Laicis, sacri ac venerandi libri* β.βλία σεβάσμια ἁγία.) Deinde singuli ordine ibidem enumerantur, tàm qui in Veteri Testamento in Canone continentur, quàm qui in Novo. De quibus etiam videri debet S. Athanasius, *in Synopsi sacræ scripturæ.* Ex quo † notandum est, Veteris Testamenei libros 10
Canonicos totidem esse, quot sunt elementa literarum apud Hebræos, scil. 22. Cæteri libri, qui non numerabantur in canone, dicti sunt *Hagiographi.* Ex † 11
eodem Athanasio hoc quoque notandum, quod Novi Testamenti libros eleganter vocat *Fidei nostræ quasi quasdam primitias, & anchoras, & sustentacula, sive fulcra.* Consulatur etiam Wittacheri Angli liber *de verbo Dei scripto.* Lites autem illas quæ inter Theologos agitantur, de libris quibusdam Biblicis, an sint Canonici, vel non sint: nihil necesse est ut hoc loco nostras faciamus. Satis de loco Novellæ 133. dictum esto: Ubi † hoc tantum addidero quod Chrysostomus sæpissimè etiam Laicis necessariam esse contendit sacrarum literarum lectionem: ex quarum ignoratione ait & hæreses natas esse, & vitam omnem corruptam, & omnia sursum ac deorsum permixta & confusa. Videatur ille *homil. 3. de Lazaro & divite*, & *homil. 9. ad Coloss.* item *homil. 8. ad Hebræos.* Denique *homil. 4. in secundam ad Thessalonicenses.* 12

Nunc † ad alteram Novellam; scilicet 146. ex qua hæc potissimum notari 13
debent de argumento, quod tractamus. I. Quo fine legendæ sint sacræ scripturæ; Scil. † *ut secundum earum præscriptum, vitam & studia nostra instituamus;* 14
sive, ut aliis verbis idem repetit, *ut dum scientiam sacrorum librorum amplectamur, ad meliora perdiscenda reddamur aptiores: cum in confessosit, multo paratiorem ad meliora discernenda, & capessenda esse eum qui sacrorum librorum lectione innutritus, non longè à correctione, & ut ad bonam frugem perducatur dissidet: quam qui nihil horum intelligit, sed ex solo religionis nomine dependet, eique tanquam sacræ adhæret anchoræ, & scientiam Dei putat in sola sectæ appellatione versari.* Qui locus probè infigendus est animis, propter hodiernum maximè Christianæ Reipublicæ statum, satis miserum: qui ex eo corrigi fortasse posset, si opinionum diversitate & animorum acerbitate paulispercseposita, hæc sanctio Justiniani inter eos, qui in religione funem contentionis ducunt, eamque miserè dilacerant, observaretur. II. De modo † legendi sacras literas, præcipit simul & optat Im- 15
per. *(cap. 3.) ut non solis attendatur literis, sed res etiam ipsæ degustentur, & sacratiores omninò sensus percipiantur.* Nam, ut D. Hieronymus scribit *in comment. epistol. ad Galat. c. 1. Ne putemus in verbis scripturarum esse Euangelium, sed in sensu: non in superficiè, sed in medulla: non in sermonum foliis, sed in radice rationis.* Qui locus citatur à Gratiano *in canone 64. Marcion. c. 1. quæst. 1.* Quid? quod etiam leges civiles non tam verbis quàm mente & scopo legislatoris æstimari sese postulant ut tractatur *ad l. 29. contra legem. & l. seq. ff. de ll.* junctâ *l. 5. non dubium, C. eodem.* Reiciuntur autem ibidem ab Imperatore in eadem Novella *vocum inanitates*, quas ex Apostolo Paulo vocat κενοφωνίας: pro quo vocabulo alii videntur ibi legisse

Digitized by Google

καινοφωνίας, quando verterunt *profanas vocum novitates*: ut Vincentius Liri-
16 nensis *in Commonitorio*. III. De lingua, † qua legere oporteat sacras literas, memorabilis est sanctio huius Novellæ, quâ decidit Imper. controversiam suo quoq; tempore agitatam: videlicet, non solum Hebraica lingua utendum esse in lectione sacrorum librorum (id quod multi factitabant, quo scilicet facilius fucum facerent imperitis, eiusque linguæ ignaris) sed Græcam etiam assumendam: neque hanc tantum sed etiam omnem aliam linguam, quæ sit nota & familiaris auditoribus, pro ratione cuiusque loci, sive quæ à populo intelligi possit *Confer. inf. cap 5. in fine*. Ratio & *in dicta Novella* additur, & confirmari potest autoritate Pauli *in 2. ep. ad Corinth.* quia scilicet auditores cum recitationes sacrarum literarum in Ecclesia audiunt debent dicere Amen, id est approbare suo assensu ea quæ legi audiuerint. Hoc autem in lectione vel auscultatione linguæ exoticæ, peregrinæ atque ignotæ fieri nequit. Hîc enim valet illud, quod ait Ovidius, cum in Ponto exularet: *Barbarus hîc ego sum: quia non intelligor ulli, &c.* Dixi memorabilem esse hunc locum, quem & reformatarum Ecclesiarum antistites & propugnatores crebrò allegare consueverunt, contra eos qui contendunt, sacra omnia peragi debere Lingua Romana, etiâsi populus eam non intelligat. Justinianus certè in alia fuit sententia ut satis constat *ex d.*
17 *Novella duobus vel tribus locis*. Quoniam autem † Græcæ linguæ seu versionis Bibliorum V. T facta est mentio: sciendum est, diversas fuisse interpretationes Græcas unde & *Octapla*, & *Hexapla*, dicta fuerunt illa opera, in quibus coniunctim descriptæ erant sex vel octo diversæ translationes. Hoc uno verbo et-
18 iam Cujacius *hîc* attigit Sed † Imperator præcæteris probat versionem Septuaginta Interpretum tanquam exactiorem omnibus aliis, & multa continentem mysteria occulta; & quia licet ante adventum Christi in carnem confecta sit; tamen eius autores prophetica quadam gratia illuminati, multa loca sacrarum literarum alioquin obscura, scitissimè ad Christum accommodarint. Undè etiam in Novo Testamento Euangelistæ & Apostoli illâ uti consueverunt
19 in suis allegationibus. Hic † notetur insignis illa historia de 70. Interpp. translatione. Etsi enim revera 72. fuerint: vulgò tamen brevitatis, & ut aiunt, retundandi numeri causa, septuaginta appellari solent. Res breviter ita habet. (Sicut describitur à Philone, *lib. de vita Moysis* à Josepho *lib. 12. antiq. jud. c. 2.* ab Irenæo *lib. 3. adversus hæreses Valentini & aliorum, cap. 25.* à Justino Martyre *in parænetico ad Græcos*: & attingitur ab Athanasio *in libello de versionibus Bibliorum*: item ab Hieronymo *in prolog. ad Pentateuchum*, & *lib. 2. contra Ruffinum*: deniq; à S. Augustino *lib. 8. de civit. Dei cap. 11.* & *lib. 18. eiusd. oper. c. 42.*) Cum Ægyptius Rex, Ptolomæus, cognomento Philadelphus. (Lagi filium vocat Irenæus) qui fuit unus ex Alexandri Magni successoribus, insignem Alexandriæ instituisset
bibliothecam (quæ & à Galeno & ab aliis celebratur, ut videre est apud Just. Lipsium *in Syntag. de Bibliothec.*) eamque omnis generis libris optimis, refertâ esse cognoret, audivissetque etiam Hebræorum sacras literas celebrari, sed quæ ad illum usque diem non nisi ipsorum vernacula & Chaldaica lingua continebantur; cogitationem laudatissimam, planeque Regiam suscepit, quanam via ac ratio-

ac ratione illos quoque libros adipiſceretur, & in linguam Græcam transferri curaret. Eius enim linguæ notitia & uſus tum latiùs patebat, quam vel Romana vel ulla alia, ut ex Cicerone quoque *pro Archia Poeta* didicimus. Itaque hoc ſtudio flagrans Rex Hieroſolymam miſit legationem ad ſummum ſacerdotem, qui tunc rebus præerat, cum ampliſſimis donariis: petens, & librorum illorum ſibi copiam fieri; & delectos aliquot viros una mitti, qui utriusq; linguæ gnari ex Hebræis Græcos facerent. Rem æquam cum oraret Rex, facilè obtinuit ut ex XII. tribubus Judaici populi eligerentur ſeni, qui utriusque linguæ bene gnari eſſent, ac unà cum libris divinæ legis futuri interpretes eorundem mitterentur. Eos LXXII. delectos viros Rex per benigne accepit, variisque quæſtionibus eorum dexteritatem tentavit: ſicut tàm Regis quæſita quàm ipſorum reſponſa ſive apophthegmata libello brevi deſcripſit Ariſteas. Deinde poſt convivia ipſis præbita dimiſit eos, ut ad laborem verſionis accingerentur. Sed quo liberiores eſſent à ſtrepitu urbano, & ſine impedimento huic operi quàm attentiſſimè incumberent, ſeceſſum ipſos quærere juſſit quietiſſimum in Pharo inſula & ſingulis ſingulas domunculas ſive cellulas aſſignavit, velut Impetator noſter hic, aliiq́ volunt binos ac binos coniunxit: juſſitq́ue, ut tandem quod elaboraſſent ſinguli vel bini, in commune conferrent. Ibi tum apparuit tanta horum Interpretum inter ſe concordia atque conſenſio, ut omnes non ſolùm eadem ſententia uterentur in translatione, verùm etiam iisdem verbis, nullo diſcrepante. Unde facile erat unicuique intelligere, hanc tàm admirandam rem non ſine divino ſpiritu geſtam eſſe, à quo ſcilicet olim etiam ſcriptura divinitùs allata & inſpirata fuerat. Nec dubitat Irenæus *loco ſuperiùs laudato* ſic pronuntiare, *Unum & eundem ſpiritum Dei eſſe, qui in Prophetis primùm præconaverit, quis & qualis eſſet futurus adventus Chriſti; Deinde in Senioribus illis LXXII. Interpretatus ſit benè, quæ benè prophetata fuerant: Tandem & in Apoſtolis annuntiaverit, veniſſe plenitudinem temporum adoptionis, & proximaſſe regnum cœlorum, & inter homines inhabitare Emmanuelem.* Quæ pulcherrima harmonia atque conſenſio inſervire nobis, debet ad πληροφορίαν fidei noſtræ Chriſtianæ, eamq́ue confirmare. Non ſolùm autem Philo, qui ſub Caio caligula Imperatore vixit, *d. lib.* teſtatur, ſuo tempore plurimos & Judæos & alios ſolitos fuiſſe peregrinationem ſuſcipere ad illum locum viſendum, ubi 72. illi Interpretes nobile illud opus exegerant ſed etiam Juſtinus Martyr, qui ſub Antonino Pio floruit, *in d. cohortatione ad Græcos* ſcribit, ſe ipſum Alexandriæ fuiſſe, & vidiſſe veſtigia domunculatum ab illis Interpretibus quondam inhabitatarum: audiviſſe quoque ab incolis rem omnem narrari ſicut geſta eſt; quam etiam ipſi per manus ſibi traditam à majoribus ſuis acceperint. Quibus certè plus fidei tribuendum puto, quam Divo Hieronymo, qui *locis ſupra dictis* illam in diſtincta conclavia ſeparationem tanquam fabuloſam traducit. Hæc de 70. Interpretum verſione Græca idcircò pleniùs exponere volui, quoniam res eſt memoratu digna, neq; fortaſsè omnibus ſatis cognita. Plura de utilitate & fructu illius verſionis, quam Imperator omnibus aliis exactiorem prædicat, peti poſſunt ex ſcriptis D. Hieronymi, & viri noſtro ævo eruditiſſimi, Johan. Druſij, & aliorum.

Præterea

20 Præterea † nominat Imperator & permittit legi etiam Interpretationem Aquilę Is natione fuit Ponticus, Sinopę natus, in religione Græca seu Ethnica, ac imperante Hadriano floruit: deinde Christo nomen dedit. Hierosolymis baptisatus. Tandem Christianismo reprobato Judaicam religionem amplexus est & 310. annis post 70. Interpretes, versionem fecit novam quæ multis in locis à 70. Interpp. discrepat, ut *hic* Imperator testatur. Athanasius *d. loco* ait, ipsum perversa ratione usum fuisse, sive, ut Græca verba habent, διεστραμμένῳ λογισμῷ. Ex quo mirari liceat quare Imperator huius Aquilæ versionem legi permiserit. Huius Aquilæ Pontici unà cum Theodotione Ephesio, meminit etiam Ire-
21 næus *lib. 3. cap. 24.* Nominat † præterea Imperator, sed reprobat, δευτέρωσιν. Ita vocat traditiones humanas, & observationes Pharisaicas, & fabulas Judaicas, ut Cujacius etiam *hîc* ex Hieronymi variis locis interpretatur. Vetus Interpres *secundam editionem* vertit: non rectè. Melius Haloander, qui retinet quidem
22 verbum δευτέρωσις, sed rectè explicat, *quasi secundariam traditionem*. Sunt † insuper etiam aliæ aliorum Interpretationes Bibliorum Græcæ: ut Symmachi Samaritani, qui sub Imperatore Severo vixit *56* annis posterior Aquila. Item Theodotionis Ephesij, qui sub Commodi imperio floruit & aliquandiu secutus est sectam Marcionitarum, tandem vero ad Ecclesiam catholicam se recepit. Item ignoti cuiusdam Auctoris, quæ sub Antonino Caracalla inventa est in dolio ac Hierichuntia dicta. Item alia à quodam familiari Origenis composita quæ Nicopoli inventa fuit, imperante Alexandro Severo. Denique alia sancti Luciani, qui Martyrij gloria affectus est sub Diocletiano & Maximiano. Hæc Nicomediæ tandem sub Constantino Magno inventa est, penes Judæos: cum fuisset diu occultata in pariete quodam & calce circumlita. Hæc de variis
23 translationibus Græcis Bibliorum Veteris Testamenti. Nam † libri Novi Testamenti originaliter Græce sunt scripti, nisi quod quidam excipiunt Euangelium Matthæi, ut Hebraicè scriptum. Longum esset neque nostri instituti, si aliarum quoque linguarum metaphrases persequi vellem: vt Chaldaicam, Syriacam Arabicam, Æthiopicam, Latinam, Italicam, Gallicam Hispanicam, Sclauonicam (sub qua & Bohemica & Polonica comprehenditur) Hungari-
24 cam, Germanicam. Nam † (quod admirandum est opus prouidentiæ diuinæ) vix ulla est sub sole natio, quę non habeat sacras literas in suam linguam translatas, si non integras, saltem ex bona parte: vt ita de prophetica & Apostolica doctrina vere prædicari possit illud *Psalmi. 19.* Quod & S. Paulus vsurpauit: *In*
25 *omnem terram exiuit sonus eorum, & in fines orbis terræ verba eorum.* Interea † vero Iudæos Hebraicorum Bibliorum velut depositarios, atque custodes eadem prouidentia diuina esse voluit: Quod etiam Iustinus Martyr *in apol. 2. pro Christianis ad Imperatorem Antoninum Pium* obseruauit. Qui quidem Iudæi (ut censet Irenæus *l. b. 3. p. 188*) si cognouissent nos futuros & vsuros his testimoniis, quæ sunt ex scripturis, nunquam dubitassent ipsi comburere scripturas. &c.
26 Non solùm † autem Imperator hac Novel. damnat ac rejicit δευτέρωσιν, sed etiam impia quædam dogmata, ver. bigratia eorum, qui negant resurrectionem mortuorum: eorum qui extremum & universale judicum: denique eorum qui

res &

Digitized by Google

res & mundum per Angelos, non ab ipso Deo creata esse affirmabant. Sed hæc potius ad titulum de Hæreticis quam ad locum de S. scriptura, quem hîc tractandum suscepimus referenda sunt. Obsignabimus † hoc caput verbis Salviani Massilienſis *lib. 5. De Gubernat: Dei p. 141. Nos tantùm scripturas sacras plenas, inviolatas, integras habemus; qui eas vel in fonte suo bibimus, vel certè de purissimo fonte haustas per ministerium puræ translationis haurimus. Nos tantummodo benè legimus, atq; utinam quàm benè legimus, tàm benè adimpleremus!* 27

CAP. II.

De quatuor sanctis Conciliis Oecumenicis; & paucis aliis, quæ statim sunt secuta: quid in singulis actum: quid item in unoquoque concilio maximè sit observandum.

SUMMARIA.

1 *De origine & occasione conciliorum. Et ratio connexionis.*
2 *Septem Ecclesia Oecumenica: quorum 4. ante Iustinianum: de quibus mentio in 4. Iuris locis.* adde inf. num. 15.
3 *Conciliorum Oecumenicorum vindex & servator debet esse Imperator.*
4 *Acta & decreta conciliorum singulorum scire summatim, iuris studiosum decet.*
5 *Synopsis conciliorum Oecumenicorum ab Hæschelio Græcè edita, à Rittershusio Latinitate donata,* & num. 7. ac seqq.
6 *Nullius Papæ, aut Episcopi supremi, qui unius concilio præfuerit, in illo synoptico libello fit mentio.*
7 *Synopseos illius cõciliorum interpretatio Rittershusiana tota subiicitur.*
8 *Latina Ecclesia synodi plures: κατ' ἀποδοχήν.*
9 *In unoquoque concilio ad septem capita attendendum.*
10 *Constantini Harmenopuli locus insignis de septem conciliis Oecumenicis, & synodo in Trullo.*
11 *Annalium Veterum, quos Constantinopolitanos vocant, locus de V. Concilio Oecumenico.*
12 *Canon synodi Trullanæ à Balsamone relatus, de ordine inter quinque Patriarchicas sedes.*
13 *De abdicatione voluntaria Greg. Nazianzeni, locus ex catalogo Episcoporum Leunclavij.*
14 *Locus de sex primis Conciliis, ex Catalogo Imppp. Rom. Leunclavij.*
15 *Duo alia loca Iuris Iustinianei, de 4. antiquissimis conciliis.*
16 *In disputatione revocare capita religionis semel rectè decisa, prohibitum: & cur ac quatenus?*
17 *Cautio de auctoritate decretorum synodalium, quæ sacræ scripturæ exequari videtur à Iustiniano in N. 131.*
18 *De sacræ scripturæ auctoritate supereminente sententia memorabilis Salviani Massilienſis.*

QUemadmodum † teste Pomponio parum est in civitate jus esse, nisi 1
etiam sint, qui jura regere (al: reddere) possint: *l. 2. §. 13. post originem. ff. de orig jur.* nam per eos qui juri dicundo præsunt, effectus rei accipitur. Ita etiam in Ecclesia & jure sacro res habet: ut scilicet satis non sit, habere nos sacram scripturam (tametsi eius sufficientiæ sive plenitudini nihil per hoc detractum volumus) nisi etiam sint Episcopi, & Doctores Ecclesiæ, qui eam tractent & explicẽt populo. Quoniam autem sæpè fit, ut vel fidei veritati vel moribus populi Christiani, aliqua obrepat corruptela: iam olim visum

Digitized by Google

est huic rei salubertimum remedium, ut concilia & synodi convocentur ac celebrentur, ubi in commune collatis consiliis, vulnerum illorum sanandorum ratio investigetur, & tàm hæreses pravaque dogmata à fide Christiana, quam vitia à moribus profligentur atque arceantur. Opportunè igitur hic post locum de scriptura sacra, nonnihil de conciliis dicetur. Non semel autem † Justinianus, & nominat 4. concilia, & in iis constituta confirmat ac per omnia sequitur. Sicut & alios Christianos sequi jubet; ut *Novella 115. cap. 3. §. 14. siquis de prædictis. & Novel. 131. c. 1.* Item *l. 7. cum velimus. § 4 per omnia. & l. 8. inter claras § 3. suscipimus. C. de S. Trinitat & fid. cathol.* Ea concilia sunt. 1. Nicenum. 2. Constantinopolitanum. 3. Ephesinum. 4. Chalcedonense. Postea vero & alia tria Oecumenica concilia sunt consecuta: ut 5. Constantinopolitanum secundum. 6. Constantinopolitanum tertium. 7. Nicenum secundum: ut ita in universum. 7. sint in Ecclesia Græcorum habita concilia Oecumenica: quorum etiam † vindicem ac servatorem esse oportere Imperatorem ait liber de Jure, qui est Basilii, Constantini & Leonis, *tit. 1. cap. 7.* Ex quo hæc sunt excerpta & relata *in lib. 2. Tom. 1. Græco Romani juris pag. 178.* Ὅτι δὲ ἐστὶ ἐνδικεῖν καὶ φυλάττειν ὁ βασιλεὺς πρῶτον μὲν πάντα τὰ ἐν τῇ θείᾳ γραφῇ γεγραμμένα. ἔπειτα δὲ καὶ τὰ ῥηθέντα τῶν ἁγίων συνόδων δογματισθέντα ἐπὶ δὲ καὶ τοὺς ἐγκεκριμένους ῥωμαϊκοὺς νόμους.

† Quid in singulis horum septem Conciliorum sit actum, decretumque, saltem in summâ scire interest, cùm omnium Christianorum, tum etiam juris studiosorum; quos convenit esse non minùs divini, quàm humani juris peritos. Accedit, quòd etiam in Jure Canonico *Distinctione XV. in 1. parte decreti in can. 2.* quatuor; *in can. 1.* septem Concilia Generalia recensentur, *ex Gregorio Magno Epist. 24 lib. 1. Registri*, & ex Isidoro *lib. 6. Origin cap. 16.* Sed † cum omnes Conciliorum Tomos, in quibus pleniùs singulorum Acta describuntur, habere aut evolvere non sit omnium; prodest eorum Synopsin quandam extare, qua singulorum summa velut in conspectu proponatur. Extat huiusmodi Synopsis septem Sanctorum Conciliorum Oecumenicorum, primùm in lucem prolata ex Bibliotheca Reipub. Augustanæ, Græcéque edita ante hos VI. annos Augustæ ab amico nostro eruditiss. & diligétissimo viro Davide Hœschelio, nobisque donata. Quam & mea causa, & in eorum qui Græcè nesciunt, gratiam, ut ad illos quoque fructus eius libelli rediret, Latinè aliquando interpretabar: quo labore cùm iam pridé essem defunctus prodiit Argentinæ Synodicon Græcum & vetus, cum Latina interpretatione & Notis CL. viri D. Joannis Pappi: à quo secundum ipsius promissa; etiam Canones Conciliorum expectamus. Illius operis plenioris quasi appendicula quædam hæc esse poterit.

† Priusquam autem ipsam interpretationem nostram repræsentemus, hoc præmonendum videtur, quod est notatu dignum: In libello isto & singulis VII. Conciliis nunquam nominari unum quempiam Episcopum seu Papam, qui præfuerit Concilio: Sed τὸ ἡγεμονικὸν, ut sic loquar, ubique cum pluribus communicatur Episcopis primariis seu Patriarchis: ut Romano, Constantinopolitano, Antiocheno, Alexandrino, Hierosolymitano: Imò & cum aliis, ut Thessalonicensi, Ephesino, Nysseno, Iconiensi, Cæsariensi. Constanter enim de una-

Digitized by Google

de unaquaque Synodo ſcribitur: ἡγεῖτο δὲ τούτου, non autem ἡγεῖτο. *Præerant* non *Præerat*. Quid quod nec ordo quidem in Patriarchicis illis ſedibus earumque antiſtitibus recenſendis, ubique idem nimis ſuperſtitioſe ſervatus eſt? Tametſi negari non poſſit, Romanum Epiſcopum, ob Romæ ſcilicet veteris Imperiique Romani majeſtatem, principe loco nominari. Quod cur obſervari velim, intelligenti ſat dictum.

---

† DE SANCTIS ET OECUMENICIS 7
Conciliis: ubi & quando & contra quos unumquodque illorum ſit coactum.

CONCILIUM I.

NOſſe oportet unumquemque Chriſtianum, ſeptem eſſe ſancta & Oecumenica Concilia. Et primum quidem Niceæ habitum eſt, Imperatoris Conſtantini Magni anno decimo, qui annos XXXVIII. imperavit. Erant autem in eo patres CCCXVIII. Ac præfuerunt Concilio Silveſter Romanus, Alexander Conſtantinopolitanus, Alexander Alexandrinus, Euſtathius Antiochenus, & Macarius Hieroſolymitanus, Epiſcopi. Convenerunt autem adverſus Arium variamentis hominem: qui presbyter erat Eccleſiæ Alexandrinæ, ac blaſphemias effundebat contra filium Dei, Dominum noſtrum Jeſum Chriſtum verum Deum. Dicebat enim impius ille, Creaturam eum eſſe, & non eiusdem cum Deo & patre ſubſtantiæ: & fuiſſe aliquando tempus, cùm is non eſſet. Hunc igitur tanquam hoſtem veritatis unà cum complicibus eiusdem ſententiæ ſancta iſta Synodus anathemate percuſſum ejecit, & Euſebium Nicomediæ Epiſcopum & Macedonium, & Eunomium: (Quanquam enim inter ſe verborum formulis differebant, tamen æquè atq; Arius veritate exciderant) Orthodoxum verò fidem corroborârunt, filium eiusdem cum patre ſubſtantiæ prædicantes, & creatorem omnium rerum, neque creaturam, ſed Deum verum ac Dominum confitentes. Quemadmodum & fidei Symbolum comprehendit, quod ipſi SS. patres, inſpiratione Sanctiſſimi ſpiritus pronunciarunt. Decrevit autem hæc eadem ſancta atque Oecumenica Synodus, ut ſanctum paſcha ſecundùm morem hodie receptum celebremus. Anni ànato Chriſto usque ad primum Concilium intercceſſerunt CCCXVIII. Inter primum verò & ſecundum interjecti fuêre anni LVI. in alio reperi LXVII.

CONCILIUM II.

Secundum porrò Oecumenicum Concilium habitum eſt Conſtantinopoli, Theodoſio Magno Imperante: qui præfuit annis XVI. Interfuerunt ei SS. patres CL. Præfuerunt autem huic Concilio Epiſcopi, Damaſcus Romanus, Nectarius Conſtantinopolitanus, Cyrillus Hieroſolymitanus, Timotheus Alexandrinus, Meletius Antiochenus, Gregorius Nyſſenus, Amphilochius Iconij, Geluſius Cæſareæ Paleſtinæ, & Gregorius Nazianzenus, cognomento Theologus, gubernans ſedem Conſtantinopolitanam, qui etiam in eadem ſancto ſynodo, coorto diſſidio, ſua ſponte abdicavit ſe Epiſcopatu, durante etiam Concilio: & compoſita oratione pacificatoria, eaque coram CL. patribus recitata ex Concilio ſeceſſit Nazianzum. Convenerunt autem illi CL. ſancti patres

contra impium Macedonium: qui & per latrocinium arripuerat & invaserat Patriarchicam sedem Constantinopolitanam: & blasphemabat Spiritum Sanctum: dicebat enim, ipsum esse creaturam, & non Deum, sed alterius, ac diversæ à patre & filio substantiæ, atque à divinitate remotum & alienum. Qui Macedonius adhuc superstes, [περιὼν lego: non περιῶν. quod esset circumiens] pares cum Ario blasphemias effundebat. Hunc igitur, ut inimicum pietatis cum Sabellio Afro & Apollinario Laodicensi, una cum ipsorum complicibus anathemate defixêre & condemnavêre: ut qui carnem Domini & Dei nostri Jesu Christi dicerent anima & mente fuisse destitutam: quin etiam in illa triduana mortificatione corporis, etiam ipsam Deitatem unà mortificatam fuisse. At sancti patres hanc (carnem) anima quoque & mente intelligente præditam esse comprobarunt, & animam habere eiusdem cum nostris animabus substantiæ & Deũ verum, & Dominum esse & vivificum: Et sanctum spiritum declarârunt, ipsum consubstantialem patri & filio esse prædicantes, ejusdemq; Deitatis & potestatis: Quemadmodum etiam sancto fidei symbolo continetur, quod ipsi clarius per sancti Spiritus gratiam enarrarunt. A secunda synodo usque ad tertiam anni effluxerunt X L I. In alio libro annotatos reperi L V.

CONCILIUM III.

Tertium sanctum & Oecumenicum Concilium Ephesi habitum est à C C. patribus: primo collectum imperante Theodosio Minore, qui annos X L I I. Menses I I. imperavit. Ei præfuere Cyrillus Alexandrinus, Celestinus Romanus, Juvenalis Hierosolymitanus, Memnon Ephesinus, Episcopi: Constantinopolitanus autem Episcopus erat impius ille Nestorius; Convenit autem eadem synodus adversus hunc ipsum Nestorium anthropolatram (id est hominis cultorem) qui Christum dirimebat ac dissecabat. Nudum enim hominem ipsum esse dicebat, & non Deum incarnatum: duos filios de uno Christo Dei prædicans, & duas substantias: & alium quidem esse gnatum ex patre sermonem, alium vero ex Maria natum hominem, secundum scheſin, (seu affectionem quandam) unitum verbo, & æquivocè cum ipso dici filium. Quocirca non Deiparam, sed Christiparam appellavit sanctam virginem Mariam, quæ peperit ipsum Deum & Dominum nostrum Jesum Christum. Ob eam rem sancta hæc Synodus in huiusmodi blasphemia perseverantem deposuit Nestorium, tanquam Judaica pravitate infectum: & Dei cultorem & propriè & verè Deiparam (sive Dei genitricem) sanctam virginem pronuntiavit, & sine semine ex ipsa incarnatum Dominum nostrum Jesum Christum filium Dei & Deum verum prædicavit. Joannes autem Antiochenus Episcopus post Nestorij depositionem supervenit: cumque ipsi doleret, quod se absente & inconsulto Nestorius fuisset depositus, adsumit eos qui secum venerant Episcopos, inter quos erat Theodoretus ex urbe Cyri, & Ibas Edesenus: & depositionem denuntiat S. Cyrilli, & Memnonis Ephesini Episcopi: quasi qui synodum habuissent præter Canonem Ecclesiasticam. At qui Cyrillo adhærebant, quæ ab ipsis gesta erant, ut nefaria, atque absurda criminantur. Et ad hunc modum Epheso dissidentibus inter se animis discesserunt, Orientales atq; Ægyptii. Posteà verò studio Imperatoris reconciliati sunt, consentientes etiam Orientales in fidem Orthodoxam Ephesi expositam super depositione Nestorii. Nestorius autem in Oasim est relegatus. A tertio Concilio usq; ad quartum

sunt

Digitized by Google

ſunt anni XXX. In alio Codice XXIX. Scias autem habitam fuiſſe in eadem urbe Epheſina & quartam ſynodum, eodem Theodoſio minore imperante: quæ velut prædatoria fuit, ac deprehenſa confirmare perverſi Dioſcori & vani Eutychis dogmata: Ideoq; à ſancta, Catholica & Apoſtolica Eccleſia rejecta eſt.

CONCILIUM IV.

Quartum verò Concilium Oecumenicum Chalcedone habitum eſt, DCXXX. patrum, Imperante Marciano, qui imperavit annos V. menſes VI. cui præferunt Leo Romanus, Anatolius Conſtantinopolitanus, Juvenalis Hieroſolymitanus, Maximus Antiochenus, Anaſtaſius Theſſalonicenſis, & Stephanus Epheſinus, Epiſcopi. Convenerunt autem adverſus eundem Dioſcorum, qui Patriarcha fuit Alexandrinus, & Eutychem archimandritam, (ſeu abbatem Conſtantinopolitanum). Hi enim incarnationem Salvatoris & Dei noſtri Jeſu Chriſti ferè in univerſum abnegabant phantaſia, (ſeu ſpecie tenus) ipſum carnem tuliſſe fabulantes, & dicentes, Non eſſe carnem Domini nobis conſubſtantialem; ſed ex duabus quidem naturis unionem factam: verum Deitati paſſiones adſcribentes. Quamobrem hos in errore [τῇ δὲ θεότητι] *perſeverantes eadem ſancta ſynodus depoſuit & anathemate feriit; pronuncians perfectum Deum & perfectum hominem eundem Dominum Deumq; Jeſum Chriſtum, in duabus naturis inconfuſè & indiſtractè. Duas verò dixerunt naturas, non ratione diſtractionis, ſed ratione diſtinctionis; Nam quemadmodum Corpus & anima, differunt quidem natura, ſed tamen unita ſunt perſonâ, & unam perſonam conſtituentia communionem habent actionum, dum & anima recipit affectiones corporis, & corpus efficitur triſtitia & curis animæ: Ita & in Chriſto duæ quidem ſunt naturæ; ut qui ſit pariter & homo & Deus Verbum: una autem perſona ſecundum unionem. Atqui anima (inquiunt hæreſeos anteſignani) circumſcripta eſt in corpore, & paſſiones recipit & dolores ſuſtinet: & ſi ad hunc modum unitum eſt verbum: tempus eſt, ut etiam ipſum iisdem ſubjicias, & facias paſſionibus obnoxium & circumſcriptum. Si igitur natura paſſioni obnoxium eſt verbum, & eam, quæ in loco eſt, recipit circumſcriptionem: erunt hæc in ipſo propter ipſum, non autem propter unionem cum circumſcripto & paſſibili corpore: atq; ita erit paſſioni obnoxium & circumſcriptum, etiamſi neq; paſſum ſit quicquam neq; circumſcriptum ſit. Quod ſi natura eſt immutabile atque incircumſcriptum & paſſionis expers: quamvis in corpore ſit, tamen conſervat ac retinet propriam ſuam impaſſibilitatis & perfectæ immutabilitatis rationem. Et quid mirum? cum & hominis anima non ſimpliciter circumſcripta ſit, propterea quod in corpore eſt: aut ita & videbitur & morietur, & cetera, quæ ſunt corporis: ei accident. Sed hæc quidem non patitur (non accidunt ei) quando quidem eſſentialiter illa à Deo accepta habet. Patitur autem, vires patiendi habens ob utilitatem, quibuscum etiam è corpore recedens emigrat. Idq; indicant animæ, quæ in inferno; & harum vincula, quorum gratia ibi quoq; præſentia Dei fuit annuntiantis, ſecundum Petrum, ſpiritibus, qui in cuſtodia erant, dimiſſionem: ad hæc etiam Dæmones, qui & puniuntur & punientur, quamvis ſint corporibus reſoluti ac remoti. Patitur autem ſimpliciter anima, quamvis neq; paſſionem recipiat: & circumſcripta quidem eſt ratione exiſtentiæ; circumſcripta verò dicitur ſecundariò, cùm in corpore circumſcripto degat. Quam ob rem non rectè faciunt, dum cogunt eodem*

modo se habere exemplum, quo se habet id, cuius exemplum est. Non enim amplius esset exemplum, nisi & dissimile quiddam retineret. Exemplum enim est declaratio probans id quod est ex parte, per id quod est ex parte & simile. Nos enim hominem non ob præexistentiam aut coexistentiam, sed declarationis ergò assumpsimus, & exempli gratia: quòd scilicet eadem essentia verbum unitum sit corpori ex nobis assumpto: & quòd nunquam absq; ipso conspiciatur, quamvis in ipsa quoque unione retineat distinctionem: quemadmodum etiam vulgaris homo. In neutro enim proprietates apparent confusæ. Neq; enim ex invisibili aut immortali visibilis aut mortalis facta est anima nostra: Neq; Deus sermo visibilis aut mortalis factus est; licet in corpore visibili ac mortali & anima nostra & sermo Deus existat. Nam utrunq; ex modò dictis absque ullo defectu suam servat proprietatem, secundum quam utrunque natum est; & communis, inquâ, homo qui ex anima & corpore constat; & Salvator, qui ex Deitate & humanitate constat. Quid enim deest animæ, quæ separabilem ac propriam habet vitam, quòminùs sit essentia incorporea semetipsam movens? Hoc enim demonstrat immortalitas etiam, & incorruptibilitas ejus. Quid autem corpori deest, quòminùs sit Corpus? cujus quidem etiam cùm definitionem reddimus, dicimus, Corpus esse, quod constet trina dimensione: vel corpus naturale, organicum potentia vitam habens. At illi non, quæ similia sunt & congruit, exemplum accipiunt, sed quæ dissonant: & perperam circa interrogationes versantur. Sicut rursùm cum nos Solis splendorem assumimus ad patris & filij unitatem, & eandem æternitatem declarandam; insultantes illi nobis, hæc rapiunt ac retorquent eò, quasi non reverâ subsistat filius. Eadem porrò sancta Synodus etiam sancti Papæ Leonis ad S. Flavianum patriarcham Constantinopolitanum Epistolam, velut columnam Orthodoxæ fidei approbavit. Sciendum est autem, etiam eos, qui à nescio quo Theodosio, Theodosiani nuncupantur, & qui Iacobitæ à Iacobo quodam, & qui Severiani à Severo, similia cum illis, quos antè à nominavimus, profanis hæreticis, Dioscoro, inquam, & Eutyche sentire: ut qui ipsi quoq; pari sint profanitate impietateque imbuti. Unde etiam cum aliis quibusdam hæresibus huic sanctæ synodo resistunt, semetipsos à sancta Catholica Ecclesia abalienantes, à quarta autem Synodo ad quintam anni sunt. CII.

CONCILIUM V.

Quintum & Oecumenicum Concilium Constantinopoli habitum est à CLXV. S.S. patribus, Imperante Justiniano, qui præfuit Imperio annos XXXVIII. & VII. menses. Ejus Principes fuêre, Vigilius Papa Romanus, Eutychius Constantinopolitanus, Stephanus Raphianus, Apollinarius Alexandrinus, Dominus Antiochenus, & Dumianus Sozopolita Hierosolymitanus, Episcopi. Hæc sancta synodus confirmavit Chalcedonense, omniaq; ejus Orthodoxa & salutaria dogmata corroboravit, & hæreses adversus eam sanctam Synodum pullulantes anathemate feriit: Similiter damnavit ac rejecit primùm Originem delirum, omniaq; ejus impia scripta; itemq; Evagrium & Didymum, qui pridem floruerant, & capita ab ipsis edita, ut qui collegæ atq; asseclæ fuissent Origenis, & Græcanicis, velut fermento, infecti dogmatibus; Etenim hæc ipsa, quibus jam circumdati sumus corpora, insulsè dixerunt non resurgere; & deliraruut, animas ante corpora existere: Græcanicis impulsi dogmatibus, ut animarum migrationem in

nem in alia corpora ſtatuerent: adhæc finem eſſe punitionis ac ſupplicii: & corpora hæc non reſurgere in reſurrectione mortuorum: & dæmonum eſſe in integrum reſtitutionem: & Chriſtum nobis eſſe ſimilem, nullaq; in re à nobis differre: Paradiſum quoque in meras allegorias transformantes; & neq; factum à Deo, neq; usquã exiſtere ſenſibilem aliquem Paradiſum: neq; in carne formatum eſſe Adamum. Sed & alia infinita & blaſphemiæ plena protuliſſe deprehenſi ſunt: quibus multos in Eccleſia corruperunt: quæ quidem ad id usq; tempus, in aperto & manifeſtè non evulgârant, ſed penes aliquos dũtaxat in occulto detinuerant, neq; plenarie à concilio aliquo convicti, triumphatiq; adhuc fuerant: quamvis quidam ex ſanctis patribus illa refutaſſent ac evertiſſent. Nam & antiquiores hac ſynodo fuerant iſti hæretici, & ter maledicti hoſtes. Poſteaquam autem prava hæc dogmata cœperunt multos populos depopulari ac devaſtare: etiam hæc ſancta ſynodus collecta ipſos eorumq; complices & ipſorum blaſphemias exſecrata eſt. Præterea etiam Theodorum Mopſueſtiæ Epiſcopum, Neſtorii Dei impugnatoris magiſtrum, cum ipſius blaſphemis operibus ac ſcriptis tanquam abominandum zizanium ſeu lolium ejecit. Adhæc etiam Anthimi & Petri & Zooræ ſectatores eventilavit. Et Theodoreti adverſus Cyrillum veræ pietatis propugnatorem & anteſignanum malè atq; impiè compoſita ſcripta, & quæcunq; contra ſanctam Epheſinam ſynodum tertiam rectamq; fidem noſtram criminatus eſt, dum impio Neſtorio gratificari ſtuduit; condemnavit: interq; etiam illam ad Perſam Maren ab eo ſcriptam epiſtolam, quæ Ibæ eſſe dicebatur, eradicavit; ut non modò rectis dogmatibus adverſantem, ſed etiam omnis impietatis participem: & Eccleſiæ dogmata ſtabilivit: Amplexa eſt autem eadem ſancta Synodus etiam Theodoretum Cyri Epiſcopum, & Ibam: ut & quarta fecerat Synodus: condemnato atq; exſecrato Neſtorio. Sunt autem inter quintum & ſextum Concilium interjecti anni CXXIX. vel, ut in alio codice habetur ſcriptum, CVIII. & menſes XI.

CONCILIUM VI.

Sextum Sanctum & Oecumenicum Concilium Conſtantinopoli habitum eſt, Imperante Conſtantino: qui Juſtiniano: qui Juſtiniani quidem pater, Heraclii autem nepos fuit: & annos XVII. imperavit. Habitum autem eſt XIII. ipſius imperii anno. Fuerunt in eo S. S. Patres CLXX. præfuerunt ei Agatho Epiſcopus Romanus, Georgius Conſtantinopolitanus, Theophanes Antiochenus, & Petrus Monachus; vacante nimirum ſede Alexandrina. Coactum eſt autem adverſus eos, qui renovârant hæreſin in ſancta Catholica Eccleſia: adverſus inquam Theodoron Epiſcopum Pharan, Honorium Romanum, Cyrum Alexandrinum, Sergium & Pyrrhum, itemq; Paulum & Petrum, qui Conſtantinopolitani fuerant Epiſcopi. Inſuper etiam adverſus hæreticos illos, qui modò dictorum hæreſin in hac ſancta Synodo renovârant: hoc eſt Macarium, qui Antiochiæ antiſtes dicebatur; & Stephanum eius diſcipulum; & eos qui ab ipſorum partibus ſtare videbantur. Hi enim modò dicti Hæretici; Theodorus, inquam, & Honorius, Sergius, Pyrrhus, Paulus, Petrus, Macarius item, ac Stephanus; auſi fuerant dicere, Dominum noſtrum Jeſum Chriſtum etiam poſt incarnationem unam duntaxat habere voluntatem atq; actionem: vinculum Orthodoxæ fidei diſrumpere conati. Hanc ob rem ſancta hæc atq; Oecumenica Synodus ſuprà dictos hæreticos, tanquam Deo bellum inferentes, anathemate percuſſit: omniaq; eorum blaſphema dogmata, & omnes, qui cum ipſis ea-

Digitized by Google

ipsis eadem sensissent, vel sensuri essent atque in impœnitentia perseverantes: cumque ipsis etiam Polychronium, puerili præditum sententia senem; qui in hoc errore hæreseos gloriatus fuerat, se mortuos resuscitaturum, cumq; securitatem nactus fuisset, etiam cùm non resuscitasset, magis quoque his talis hæreseos blasphemiam quasi in triumpho ostentarat. Ad hæc Orthodoxæ fidei dogmata planiùs exponens ista sancta Synodus, duas voluntates naturales, seu volitiones, & duas naturales actiones Dominum nostrũ Jesum Christum post incarnationem habere confirmavit, non quidem distractione personarum (absit hoc) sed quod neutra Christi natura ex duabus Christi naturis absque voluntate actioneve existat. Nam qui istas naturarum proprietates & actiones & voluntates tollunt, hi ipsas quoq; unà destruunt naturas, quarum sunt proprietates. A sexta Synodo ad septimam anni sunt CXX, in alio codice CXVIII.

CONCILIUM VII.

Septimum sanctum & Oecumenicum Concilium iterum Nicæa habitum fuit, Constantino imperante, & matre ejus Irene, (erat autem iste Constantinus filius Leontii Copronymi) octavo anno imperii ipsorũ. Fuerũt autem in illo sancti patres CCCLXVII. In eo familiam duxere Adrianus Papa Romanus, Tarasius Constantinopolitanus, [al. Apollinarius] Philitianus Alexandrinus, Theodoretus Antiochenus, Helias Hierosolymitanus, Episcopi. Convenerunt autem adversus Iconomachos (id est imaginum destructores) sive Christ anorum accusatores. Hæc igitur sancta Oecumenica & magna Synodus, imaginum præfigurationes pariter cum venerando crucis signo Ecclesiam habere & suo modo venerari tradidit. Porrò Ecclesia Dei, cum ipsis Iconomachis omnes etiam sanctorum accusatores aversatur; non minus eos, quam Iconomachos, abominata. Dum enim orthodoxæ fidei propugnatores criminantur, fructus, qui ex ipsorum laboribus promanat, dissipare ambitiosè contendunt. Hos igitur tanquam veritatis hostes reiicit.

Atque hæc est Latinè & fideliter reddita à nobis VII. Græca Ecclesiæ Sy-
8 nodorum synopsis. In Latina † Ecclesia longè plures sunt habitæ, de quibus nunc non agimus.

9 In unoquoque autem † Concilio ad hæc septem capita attendendum est potissimum. I. Quo loco unum quodque habitum fuerit. Nam à loco plerumque & nomen accepit: verbi gratia, ut dicatur *Nicenum*, primum, secundum: *Constantinopolitanum* primum, secundum, tertium, &c. Ephesinum, Chalcedonense: & sexcenta alia. II. quo tempore, sub quo Imperatore & Papa Romano, quibus item aliarum Patriarchicarum sedium successoribus. III. qui in eo præcipui fuerint Ecclesiæ doctores sive quot patres. IV. Contra quos, & qualia dogmata, fuerint Concilia convocata. V. Quis fuerit singulorum exitus: hoc est, qui in uno quoque Canones conditi editique: quinam hæretici fuerint declarati: quibus illi pœnis affecti, (pœnæ autem erant vel Ecclesiasticæ, ut depositio seu καθαίρεσις vel civiles, ut relegatio non autem ultimum supplicium, nisi in pauciſſimis casibus: qua de re aliàs diximus:) quæ dogmata pro sanis approbata; quæ contrà pro pravis atque perversis rejecta & anathematisata; quæ præterea ad cultum divinum, ad διάταξιν Ecclesiasticam, & ad mores vel cleri vel

Digitized by Google

oſeri vel populi pertinentia conſtituta. VI. Quibus armis debellati hæretici: hoc eſt, quibus locis ſcripturæ ſacræ. Hæc enim illa eſt πανοπλία θεῦ, ex qua ſufficienter evidenterque refutari poſſint omnes hæreſes eorumque auctores & defenſores ut mirer quorundam impudentiam ſtentorum & geſticulatorum, qui hodiè clamare audent, Nullam unquam hæreſin, nullum hæreticum evidenter ac ſufficienter ex ſacris literis, non aſſumptis Traditionibus auctoritateque Eccleſiæ, refutari potuiſſe. Cur ita? Quia ſcilicet nusquam in ſanctis Bibliis ſcriptum ſit, *Arius, Macedonius, Eutyches, Neſtorius, &c. eſt damnatus.* VII. Quis Imperator ſacros Canones approbarit ſua ſanctione, & vim legum ipſis attribuerit. Quanquam hoc caput etiam quodammodo ad ſecundum referri poteſt. Nam Chriſtiani Imperatores, quum intelligerent, utriusq; ſe tabulæ divinarum legum, atque ita etiam veræ religionis cultusque divini cuſtodes ac protectores eſſe oportere, olim & convocabant Concilia, in iis præſidebant, & ea gubernabant ipſi ſua auctoritate, & Canones eorum confirmabant. Quæ de re aliàs latiùs contra eos qui hoc negant. Nunc enim modus nobis ſervandus eſt.

Non erit autem † inconveniens, opinor, ſuperiori ſynopſi VII. Concilio- 10
rum ſubiicere, quæ de iisdem refert Conſtantinus Harmenopulus *in Protheoria epitomes ſacrorum Canonum, quæ ex Johannis Sambuci & Joan. Leunclavii virorum clariſſimorum & de omni re literaria præclarè meritorũ bibliothecis prodiit.* Etſi enim hæc apud ſuum legi auctorem poſſunt: tamen quia volumen illud non in omnium manibus eſt, rem non ingratam lectoribus me factutum confido, ſi huc transferam; & hanc methodicã explicationem noſtram hoc quoque emblemate exornem. Ex ipſa enim horum cum ſuperiore ſynopſi collatione certitudo ac veritas totius rei magis magisque ſtabilietur. Neque id tantum ſed etiam quædam in ſextæ ſynodi expoſitione paralipomena ab Harmenopulo afferuntur: Synodum ſcilicet in Trullo habitam fuiſſe quaſi quandam appendicem & ſupplementum Concilii Sexti. Qua enim occaſione hæc fuerit habita docet nos perſpicuè Harmenopulus. Ait igitur: τῶν οἰκυμενικῶν συνόδων ἡ μὲν πρώτη ἐν Νικαίᾳ ἐπὶ Κωνσταντίνου τοῦ μεγάλου, καὶ Ἀρείου, τοῦ κλῆμα τοῦ ψεύδους τοῦ θεὸν λέγοντος, συνηθροίσθη, τριακοσίων δέκα ὀκτὼ θεοφόρων ἁγίων ἓξ πατέρων, οὓς καὶ ἀνεθεμάτισεν. ἡ δὲ δευτέρα ἐν Κωνσταντινουπόλει ἐπὶ Θεοδοσίου τοῦ μεγάλου συνηθροίσθη καὶ τῶν πνευματομάχων ἑκατὸν πεντήκοντα ἁγίων ἓξ πατέρων, οὓς καὶ ἀνεθεμάτισεν. ἡ δὲ τρίτη ἐν Ἐφέσῳ ἐπὶ Θεοδοσίου τοῦ μικροῦ συνηθροίσθη καὶ Νεστορίου τοῦ ψιλὸν ἄνθρωπον τὸν Χριστὸν δογματίζοντος καὶ Κελεστίνου, διακοσίων ἁγίων ἓξ πατέρων, οὓς καὶ ἀνεθεμάτισεν. ἡ δὲ τετάρτη ἐν Χαλκηδόνι ἐπὶ Μαρκιανοῦ συνηθροίσθη καὶ Διοσκόρου καὶ Εὐτυχοῦς, τὰς δύο φύσεις τοῦ θεανθρώπου λέγοντος μὴ τὴν ἕνωσιν λεγόντων συγχεῖσθαι, καὶ εἰς μίαν φύσιν ἀποτελεσθῆναι ἑξακοσίων τριάκοντα ἁγίων ἓξ πατέρων οὓς καὶ ἀνεθεμάτισεν. ἡ δὲ πέμπτη ἐπὶ Ἰουστινιανοῦ τοῦ πρώτου ἐν Κωνσταντινουπόλει συναθροισθεῖσα, ἑκατὸν ἑξήκοντα καὶ πέντε ἁγίων ἓξ πατέρων τὰ τῆς τετάρτης ἐπεκύρωσε δόγματα, καὶ τοὺς αὐθισταμένους αὐτῇ ἀνεθεμάτισε, καὶ σὺν αὐτοῖς Ὠριγένην. καὶ τοὺς αἱρετικοὺς ἅπαντας. ἡ δὲ ἕκτη ἐν Κωνσταντινουπόλει καὶ αὕτη συναθροισθεῖσα, ἑκατὸν ἑβδομήκοντα ἁγίων ἓξ πατέρων, ἐπὶ Κωνσταντίνου τοῦ Πωγωνάτου, τὰς μίαν θέλησιν καὶ μίαν ἐνέργειαν ἐπὶ Χριστοῦ δογματίζοντας ἀνεθεμάτισε. καὶ ἴσως ἡ αὐτὴ ἐξέθετο, ὥσπερ καὶ ἡ πέμπτη. καὶ διὰ τοῦτο ἡ ἐν τῷ λω συνη-

λω συνηθροίσθη ἡ ἐν Ἕκτῃ [πενθέκτη ut vocat Theodorus Balsamo *initio lib. 7. Juris Græco Romani*] λεγομένη, ἥτις καὶ τὸν Κωνσταντινούπολιν ἐν τῷ τρούλλῳ συνηθροίσθη τῶν Πατέρων, Δόγμασιν ἐκθεσιεπὶ ἁγίων ἓξ Πατέρων, καὶ κέλευσιν Ἰουστινιανοῦ τοῦ εὐσεβοῦς καὶ μόνου Κανόνων. ὅθεν καὶ ἕκτη προσαγορεύεται, ὡς τὸ τῇ ἕκτῃ ἐλλεῖπον ἀναπληρώσασα, ὅπερ ἐστὶν ἡ τῶν κανόνων ἔκθεσις. Ἡ δὲ ἑβδόμη ἐν Νικαίᾳ ὑπὸ Κωνσταντίνου καὶ Εἰρήνης τῆς μητρὸς αὐτοῦ συνηθροίσθη καὶ τῶν εἰκονομάχων, τριακοσίων ἐξήκοντα καὶ ἐπὶ ἁγίων ἓξ Πατέρων. ἧς καὶ ἀναθεμάτισεν.

11 De quinto † Concilio (quod est Constantinopolitanum secundum) operæ pretium est adscribere, quæ habentur in Annalibus veteribus, quos quidam Constantinopolitanos appellant. Τούτῳ τῷ ἔτει τῆς Ἰουστινιάνου βασιλείας μὲν τὸν ὑπατείαν Φλ. Βασιλείου τὸ ια μόνου, γέγονεν ἡ πέμπτη συνόδου ἐν Κωνσταντινουπόλει καὶ τῶν δυσεβῶν καὶ μυσαρῶν καὶ ἀκαθάρτων καὶ ἀλλοτρίων τοῦ χριστιανισμοῦ ἑλληνικῶν δογμάτων, Ὠριγένους, καὶ Διδύμου, καὶ Εὐαγρίου τῶν θεομάχων, καὶ Θεοδώρου τοῦ δυσεβοῦς, καὶ τῶν Ἰουδαϊκῶν αὐτοῦ συγγραμμάτων, καὶ τῆς ἀκαθάρτου ὑπιστολῆς τῆς πρὸς Μάριν τὸν Πέρσην, ἴβα λεγομένης, καὶ τῶν μωρῶν συγγραμμάτων Θεοδωρήτου τῶν καὶ τῶν ιβ κεφαλαίων Κυρίλλου τοῦ ἁγιωτάτου πατρὸς ἡμῶν καὶ διδασκάλου.

12 De sexta † synodo in Trullo habita, hoc præter cætera memorabile est, quod ab ea definitum vel potius ex decretis synodi Constantinopolitanæ primæ & Chalcedonensis repetitum ac renovatum est, quis ordo inter quinque Patriarchicas sedes observari debeat: nempe hic: 1. Patriarcha Romanus; 2. Constantinopolitanus: 3. Alexandrinus: 4. Antiochenus: 5. Hierosolymitanus. Sic enim habent verba Canonis relata à Theodoro Balsamone. Ἀναπέμψωμεν τοὺς ὠφελίμους τῶν ρν. ἁγίων πατέρων ἐν τῇ Θεοφυλάκτῳ καὶ Βασιλίδι πόλει συνελθόντων, καὶ τῶν ἑξακοσίων τριάκοντα τῶν ἐν Χαλκηδόνι συνελθόντων νενομοθετημένα. ἐπείζομεν ὥστε τὸν τοῦ Κωνσταντινουπόλεως θρόνον τῶν ἴσων ἀπολαύειν πρεσβείων καὶ τὸ πρεσβυτέρας ῥώμης, θρόνος, καὶ ἐν τοῖς ἐκκλησιαστικοῖς ὡς ἐκεῖνον μεγαλύνεσθαι πράγμασι δεύτερον μετ' ἐκεῖνον τυγχάνοντα. μεθ' ὃν ὁ τοῦ Ἀλεξανδρείας μεγαλοπόλεως ἀριθμείσθω θρόνος. εἶτα ὁ τῶν Ἀντιοχέων. καὶ μετὰ τούτων ὁ τῶν ἱεροσολυμητῶν πόλεως. Pertinent hæc ad quæstionem de primatu Episcopi Romani, quam alibi tractamus.

13 De Gregorio Nazianzeno Theologo † quod in synopsi secundi Concilij dictum, confirmatur etiam in Catalogo Episcoporum, quem describit Joan. Leunclavius *in fine lib 4. juris Græco. Rom. Tom. 1.* his verbis Γρηγόριος ὁ Θεολόγος πρόπερον Σασίμων χωρίου ὑπισκοπος, ὑπὸ Θεοδοσίου τοῦ μεγάλου Κωνσταντινουπόλεως ἐπεκηρύχθη, ὑπὸ κυρωθέντος αὐτῷ καὶ θρόνου τοῦ συνόδου, ὡς πολλὰ καμόντι, καὶ τὸν λαὸν τῶν αἱρέσεων τῶν ἐκκλησίαν ἐλαυνερώσαντι. ὡς ἂν ἵνας τῶν ἐξ λιβύης ἀρχιερέων μάθοι ὁ μακαριώτατος τῷ πράγματι φθονήσαντας, τὸ συντακτήριον ἐξέθετο λόγον, καὶ ἐκουσίως τὸν βασιλίδος θρόνου ἐξίστατο ἔτη ιβ ἀρχιερατεύσας.

14 Postremò † sex primorum Conciliorum mentionem reperi quoque in Catalogo Imperatorum Romanorum quem edidit Leunclavius *lib. 2. juris Græco-Romani Tom 1.* Ex quo ista adscripsi.

I. Κωνσταντῖνος ὁ μέγας ἔτη λϛ (ἐβασίλευσεν) καὶ τῷ δεκάτῳ τοῦ βασιλείας ἔτει γέγονεν ἡ ϛ Νικαίᾳ πρώτη οἰκουμενικὴ συνόδος καὶ Ἀρείου τοῦ δυσεβοῦς πν. ἁγίων θεοφόρων πατέρων συνελθόντων.

II. Θεοδό-

II. Θεοδόσιος ὁ μέγας ὁ ἐξ Ἱσπανίας ἔτη ιζ. ἐφ' ἓξ ἡ δευτέρα οἰκουμενικὴ συνέδριον συνόδων.

III. Θεοδόσιος ὁ μικρὸς ἔτη μϛ. γέγονε δὲ ἡ γ. σύνοδος ἐν τῷ κε. ἔτει τῆς τούτου βασιλείας.

IV. Μαρκιανὸς ἔτη ζ. ἐπὶ τούτου ἡ δ σύνοδος.

V. Ἰουστινιανὸς ὁ ἀνεψιὸς αὐτοῦ [Ἰουστίνου δὲ Θρᾴξ] ἔτη λθ. ἐν ᾧ τῷ ἕκτῳ ἔτει τῆς αὐτοῦ βασιλείας ἡ πέμπτη γέγονε σύνοδος.

V. Κώνσταντος ὁ ἐγγονος Ἡρακλείου ἔτη κη. ἐν ᾧ τῷ θ. ἔτει τῆς αὐτοῦ βασιλείας ἡ ἕκτη γέγονε σύνοδος, ἐν Κωνσταντινουπόλει.

Porrò † quatuor illis locis juris noſtri ubi 4. conciliorum antiquiſſimorum 15
fit mentio, addi velim & alia duo, ut *in l. 8. in pr. C. de hæret.* & *Nov. 42. in præfat.*

Illud † ſub hoc capite de conciliis ad extremum notari debet, quod Impe- 16
rator Martianus, qui Chalcedonenſem Synodum convocavit, & habuit; vetuerit revocari in diſputationem, aut retractari ea, quæ de fide Chriſtiana ſemel rectè judicata ac diſpoſita ſunt: quodq; in contemtores hujus legis & reos hujus criminis (Nã crimen vocat diſputationes ejusmodi de religione) graviſſimas conſtituerit pœnas pro diverſitate perſonarum delinquentium: ſcilicet Clericorum, militum, liberorum hominum, & ſervorum *l. 4. nemo. C. de ſum. Trin. & fide Cathol.* Ubi etiam hujus tam rigidæ ſanctionis rationes inſeruntur iſtæ: 1. quia diſputatores iſti injuriam faciunt reverendiſſ. ſynodis. 2. quia per hujusmodi retractationes & certamina profanantur veneranda myſteria Religionis Chriſtianæ, & quaſi deridenda proponuntur Judæis & paganis. 3. Quia tumultus & perfidiæ occaſio per iſtas diſputationes generatur. His 4 etiam adjungi poteſt ratio: quia ſi ſemel deciſa per concilia liceat cuivis in diſputationem revocare, nullus erit finis contentionum & certaminum: ſicut jure civili exceptio rei judicatæ, quæ de eadem re ex eadem cauſa, & cum eodem adverſario iterum agenti obſtat, eumque ab agendo & à limine novi judicii ſubmovet, eandem ob cauſam introducta eſt; ut finis ſit litium. Conferatur cum *d. l. 4.* etiam *l. 8. quicunq;. §. ult. C. de hæret.* Solent eæ leges, & maximè *l. 4.* obiici hodiernis Theologorum diſputationibus de articulis fidei. Sed plurimum referre arbitror, quo fine, quo modo & forma illæ diſputationes inſtituantur, ut proinde vel licite vel illicitæ cenſeri poſſint. Qua de re aliàs plura dixi in differentiis Juris Civilis & Juris Canonici.

Poſtremò † admonendum videtur: cum grano ſalis accipiendum eſſe, quod 17
ait Imperator *in d. N. 131.* ſe illorum quatuor conciliorum dogmata ac regulas accipere & obſervare ſicut ſanctas ſcripturas: ne ſcilicet ob id parem autoritatem per omnia tribuamus quorumlibet conciliorum decretis, illi venerationi, quæ ſacris literis debetur. Nam conciliis & horum canonibus credimus propter ſcripturam ſacram: ſed ſcripturę Sacræ, quæ ſit αὐτόπιστος propter ſe ipſam, & quia divinitus eſt inſpirata. Deinde ſcriptura Sacra infallibilem habet certitudinem. Concilia vero non aliter, niſi quatenus illius veſtigiis inſiſtunt. Ex quo nimirum efficitur, eatenus duntaxat credendum eſſe conciliorum decretis, quatenus illa confirmantur teſtimoniis ſacrarum literarum non depravata-

28 rum. Claudam † hoc caput memorabili ſententia Salviani Maſſilienſis *lib. 3. de Gubernatione Dei p. 61.* Alia omnia, id eſt humana dicta, argumentis ac teſtibus egent: Dei autem ſermo ipſe ſibi teſtis eſt: quia neceſſe eſt, quicquid incorrupta veritas loquitur, incorruptum ſit teſtimonium veritatis. Et: Per ſcripturas ſacras ſcire nos quaſi de arcano animi ſui ac mentis ſuæ quædam voluit Deus noſter, quia ipſum quodammodo ſcripturæ ſactæ oraculum Dei mens eſt, &c.

CAP. III.

ET FIDE CATHOLICA ET ORTHODOXA.

Et quod Imperator de rebus Eccleſiaſticis aliquid ſtatuendi jus habuerit, adverſus And. Fachinei controverſiam.

SUMMARIA.

1 *Symbola fidei Chriſtianæ quæ & quorum extent.*
2 *Confeſſio fidei Imp. Iuſtiniani.*
3 *Ad Novellam 132.*
4 *Chriſtianæ fidei encomium illuſtre.*
5 *Comminatio pœnarum adverſus hæreticos.*
6 *Conventiculorum prohibitio.*
7 *Hæreticorum conventus παρεκκλήσεις dicti.*
8 *Prap. παρὰ in compoſ. adulterinum quippiam denotat.*
9 *Ad edictum Iuſtiniani de fide Chriſtiana.*
10 *Concordia in fide Deo gratiſſima.*
11 *Finis confeſſionis fidei edicto publicatæ à Iuſtiniano.*
12 *Diſſenſio auctoris ab And. Fachineo de poteſtate Imperatoris in legibus circa res ſacras condendis & promulgandis.*

1 MUlta † extant ſymbola quibus Chriſtiana orthodoxa, & Catholica fides continetur, & explicatur: atque ab hæreticorum, vel manifeſta oppugnatione, vel occultis ac ſubdolis corruptelis luculenter aſſeritur: ut Apoſtolicum, Nicenum, Athanaſianum, Chalcedonenſe. Quibus cum conferri velim confeſſionem fidei ab aliquot celebrioribus utriusque Eccleſiæ Doctoribus traditam: ut ab Irenæo *lib. 1 adverſus hæreſes Valentinianor. c. 2.* à Baſilio Magno, *ſermon. de fide in aſceticis p. 395 edit. Baſilien.* à Gregorio Nazianzeno *in orat. in ſanctum Baptiſma:* à Leone Magno, *in epiſtola ad Flavianum*: a Gregorio Magno: à Suida *in Lexico:* denique à Conſtantino Harmenopulo. Ad horum igitur exemplum † etiam religioſiſſimus Princeps Juſtinianus extare voluit ſuam fidei confeſſionem, & quidem aliquoties repetitam. Non ſatis enim habuit Codici ſuo eam inſerere *l. 5. cum recta, & 3. ll. ſeqq. C. de ſumma Trinitate, & fide Catholica.* Sed etiam Novellis atque Edictis ſuis eandem iteravit, pleniſſimeque expoſuit. Videatur † *Nov 132.* quæ apud Haloandrum inſcribitur *Edictum de fide Conſtantinopolitanis:* Vulgò autem *de interdictis collegiis hæreticorum* apud Cujacium, *de hæreticis.* Ex qua Novella 1. notandum eſt illuſtre encomium Chriſtianæ fidei: † cujus confeſſionem veræ & immaculatæ, ait, primum & maximum eſſe bonum omnibus hominibus: qua & roboretur ipſa ubique: & ſacerdotes per orbem terrarum in concordiam connectantur & uno ore fidem profiteantur & prædicent: omnemque prætextum ab

tum ab hæreticis in contrarium inventum tollant, & auferant. 2. Notandum
quod † hæreticis, nisi resipiscant, & ab insania sua, aliorumque seductione 5
desistentes ad sanctam Dei Ecclesiam sese recipiant, austeritatem legum & pœ-
nas Imperator comminatur. 3. Quod † conventicula ipsos habere prohi- 6
bet ac domos in quibus convenerint, suis dominis ademtas (intellige, si modo
conscii fuerint domini) Ecclesiæ addicit. Cum quo cõvenit *l. conventicula 15. C.*
de Episc. & cler. 4. Quod † ipsorum conventus non dignatur hoc nomine, 7
ut appellet συνάξεις: sed προσευχάς vocat: Quod nomen extat etiam in *l. 8 quicunque. §. 3. universi.* & *l. 14. hæretici. C. de hæreticis.* Et *profani conventus* dicuntur *in l. 3. C. eod.* Vetus interpres in hac Novellâ rectè transtulit *adulteras collectas.* Nam
præpositio † παρὰ in compositione ita usurpari solet, ut adulteret atque de- 8
pravet significationem verbi simplicis; & adulterinum quippiam denotet: ut
videre est in παραχαράκτης qui est adulterinæ monetæ percussor, ut notat Cu-
jac. *ad tit. C. de fals. mon.* t: Sic apud Demosthenem & alios παρεπρεσβεία falsam &
adulterinam legationem significat. Sic Imper *in eadem Novell.* Baptismos hæreticorum vocat παράβαπτισμα quæ vetus Interpres rectè vertit *adultera Baptismata*: quæ verba & Bartolus hic retinuit Sed hæc potius ad caput *de hæreticis* pertinent. Illud † magis est huius loci quod sequitur. Idem ergo Imper. 9
edicto benè longo ultra decem folia complexus est confessionem fidei, & refu-
tationem præcipuarum hæresium quæ Catholicæ Ecclesiæ Dei adversantur,
maximè circa doctrinam de persona Christi. Quod edictum extat *in editione*
Novellarum Iuliani, p. 208. usq; ad p. 229. cujus initium est, *scientes, quod nihil aliud*
sit potest. &c. Eget autem hoc edictum potiùs lectione quàm interpretatione vel
commentario. Ex principio quidem illius meminerimus 1. præclaræ † hu- 10
ius sententiæ: *Nihil esse aliud quod sic possit placare misericordem Dominum, quàm*
si omnes Christiani unum idemq; sapiant in recta & immaculata fide, nec sint dissensio-
nes in sancta Dei Ecclesia: 2. Quo fine † Imperator rectæ fidei confessionem edi- 11
cto manifestam facere voluerit: nempe ut omnem adimeret erroris occasio-
nem & illis qui scandalizantur, & qui scandalizant. Item ut tàm illis consule-
ret, qui rectè sentirent, quàm his quià veritate fidei desciviſſent: illis quidem
ut in bono & veritate confirmati perseverarent: istis verò ut veritatem discen-
tes unire semetipsos sanctæ Dei Ecclesiæ festinarent. Sed priusquam † ad a- 12
lia juris sacri capita transitum faciamus: de quibus non solum alii Impp. Chri-
stiani multa constituerunt, *lib. 1. C. Justiniani.* & *l. 16 C. Theodosiani*, & Imperator
noster *in Novellis*: non possum omittere, quin significem meum super hac re
dissensum à CL. Dn. Fachineo. Is enim *lib. 8. contr. Iur. cap. 1.* ubi *l. 8.* sive *epist. inter*
claras. C. de sum. Trin. & fid. cathol. vindicare conatur à suspicionibus Hotomanni de crimine falsi, multaq; in defunctum congerit maledicta: profitetur nolle
se dicere, quod Imperator noster potuerit de rebus Ecclesiasticis, de quibus
multa statuit, suo jure decernere, & leges ferre: quia scilicet certum sit hanc
Ecclesiasticam potestatem ad summum pontificem spectare. Quod probat te-
stimoniis domesticis *capitul. 2 ex. de maior. & obedient. c. Per venerabilem. Ex qui*
filii sint legitimi. & addit: *Sed quis poterat Imperatorem impedire quo minùs illas sta-*

tueret, cùm tam potens esset: & summi Pontifices, totaque Ecclesia, continuis ferè persecutionibus exagitaretur, & ope indigeret Imperatoris; nec leges injustas esse constitutas videret? Ita Fachineus non obscurè arguit Imperatorem; quasi vi, clàm, aut precariò illam potestatem circa res sacras condendi & promulgandi leges atq; edicta exercuisset, aut falcem in messem alienam immisisset. Quod minimè ipsi concedendum est. Meminisse potius debuerat *l. 1. & l. 3. C. de crim. sacril.* ubi sacrilegii instar esse dicitur, disputare de principali judicio, sive potestate Imperatoris: & divinæ legis sanctitatem aut nesciendo omittere, aut negligendo violare. Qualiscunque igitur tunc fuerit status Ecclesiæ Romanæ, sive occidentalis: hoc teneamus, contra illam dubitationem D. Fachinei de potestate Imperatoris minimè certe necessariam, Justinianum in suis hisce de Jure sacro constitutionibus promulgandis suo jure usum fuisse; nec vi nec clàm, nec precariò: posse quoque ipsius exemplo alios Principes de jure sacro aliqua constituere, aut edicta promulgare. Quod etiam à pluribus factum esse, ex historiis demonstrari potest, tàm antiquis, quam recentioribus. Interim acceptamus, quod fatetur Fachineus, leges à Justiniano constitutas non esse injustas. Sed hoc in ipsum retorqueri potest ad hunc modum: si non injustæ sunt leges Justiniani de rebus sacris latæ: Ergo ante omnia necesse est, ut earum auctor habuerit jus potestatemque eas constituendi: quemadmodum ut justum sit testamentum ante omnia oportet eum, qui testari vult testamenti faciendi jus habere.

CAP. IV.

De Mysteriis sacris.

SUMMARIA.

1 *Mysteria sacra, sive sacramenta, fidei Christianæ sunt firmamenta & signacula.*
2 *Sacramenta Novi Testamenti duo: Baptismus & Cœna Domini.*
3 *Laudes Baptismi ex Optato Mileuitano.*
4 *Ad Nov. 58. Ne sacra communio fiat in privatis ædibus.*
5 *Ad Nov. 131. cap. 8. de eadem prohibitione.*
6 *Differentia & conciliatio d. Nov. 58. & d. Nov. 131. c. 8.*
7 *Ratio illius prohibitionis duplex.*
8 *Prohibitio synodi Trullanæ, de baptismo in privatis ædibus non administrando.*
9 *Abrogatio illarum Novellarum Justiniani, per Novell. Leonis, 4 & 15.*
10 *Nostrorum temporum dissimilis observatio.*
11 *An Baptismus a laicis & fœminis in casu necessitatis administrari possit?*
12 *Ad Novel. 137. cap. ult. de divinâ oblatione & precatione in baptismate, palàm & ea voce quæ à populo exaudiatur faciendâ.*

1 SAcra † mysteria, (quæ vulgò uno vocabulo *sacramenta vocamus*) rectè adjunguntur fidei Christianæ, utpote cuius sunt adminicula, firmamenta & signacula: unde & Pauli exemplo σφραγῖδες rectè appellantur. Ab Augustino & aliis *verbum visibile* vocantur.

2 Duo † autem agnoscit Ecclesia Novi Testamenti: scilicet Baptismum & Cœnam Domini. Quorum illud est quasi prima janua Christianismi: alterum eius alimentum atque provectio. De quibus breviter videamus, quid Justinianus

Digitized by Google

nus in hisce Novellis constituerit; ubi præmisero † laudes Baptismi ex Optato 3
Milevitano *lib. 5. p. 236. & seq. Quis fidelium nesciat* (inquit) *singulare Baptisma virtutum esse vitam, criminum mortem, nativitatem immortalem, cœlestis regni comparationem, innocentiæ portum, peccatorum naufragiũ? Novella igitur 58.* sancit, † ne 4
sacra communio fiat in privatis ædibus, non adhibita auctoritate Episcopi & sine Clericis: si secùs fiat, vult ædes illas publicari & in sacrum ærarium principis deduci. Deinde ibidem etiam gravissimam pœnam irrogat Episcopo scienti talia, nec prohibenti, sed conniventi. Pœna est privatio cinguli, & mulcta Quinquaginta librarum auri. Eandem † prohibitionem Imperator repetit, 5
magisque declarat *N. 131. c. 8.* ubi vocat *Ecclesiasticam λειτουργίαν*: pro qua vetus Interpretes reddidit *Ministerium*. In *N. 137. in pr.* vocat *sacram oblationem* sed ita demùm publicari debent ædes, si earum dominus sic deliquerit. Si verò eius procuratores, conductores, vel Emphyteutæ, ipso inscio, tale quid fecerint: puniuntur ipsi & relegatione, & publicatione bonorum: nullâ dominum pœnâ attingente: idque propter *l. 22. sancimus. C. de pœnis.*

Notanda † autem est hæc differentia inter utramq; Novellam: quòd prior 6
domum vindicat fisco: posterior Ecclesiæ illius loci. Hæc ita conciliat Cujacius: ut alternativè accipiamus hæc facienda, vel fisco, inquam, vel Ecclesiæ, ut vindicentur ædes in quibus sacra communio contra interdictum, fuerit celebrata: idque probat comparatione *l. 15. conventicula. C. de Episc. & cler.* cum *l. 3. & 8 C. de hæret.* Posset quis dicere *Novellæ 58.* per alteram 131 tanquam posteriorem, hac in parte derogari, & Imperatorem posteà maiorem Ecclesiæ, quæ fisci sui commodorum rationem habere voluisse.

Rationem † prohibitionis idem Cujacius hanc reddit, ut occasiones dissi- 7
diorum inter Christianos amputarentur. Dissidia enim Christianorum huic prohibitioni ansam præbuisse. Putarim ego alterâ quoque rationem reddi posse: quia magis faciat ad venerationem sacrorum, si publicè in conventibus Ecclesiasticis, quàm si privatim in ædibus celebrentur: tametsi aliâs verum sit, in quovis loco Deum rectè coli & adorari: ut ait Christus *Ioan. 4.*

Similiter † etiam sexta synodus, habita Constantinopoli sub Justiniano, 8
quæ vocatur synodus in Trullo, prohibuit, ne Baptismus in privatis ædibus fieret, *cap. 31. & 59.* Quod & Cujacius admonuit *ad Nov. 58.*

Sed † Imperator Leo abrogatis hisce Justiniani Novellis, utrumque per- 9
misit etiam privatim fieri à Clericis, familiaribus & domesticis *N. 4. & Nov. 15.* Ratio permissionis est: quia ipsius ætate benè conveniebat inter Christianos, nec metuenda videbantur illa dissidia, de quibus supra. Cessante enim ratione alicujus prohibitionis meritò ipsa quoque cessare debet prohibitio: ut docet Nic. Everhardus *in Top. leg.*

De nostris † moribus si quis quærat, diversimodè observetur. Nam aliqui- 10
bus in locis Baptismus etiam in privatis ædibus celebratur; præsertim si infans ita sit debilis, ut propter imminens periculum mortis festinandum esse videatur ad Baptismum quod Germani vocant, Nothtauff/ Item, Jagtauff. De quo
† quæri solet, an etiam possit à Laicis, ab obstetricibus, aliisve fœminis admi- 11
nistrari?

nistrari? Non solum autem Jure Canonico probatur, talis baptismus, ut videre est *in Can. super 30. q. 3. Can. mulier. & Can. in necessitate. De consecrat. dist. 4.* sed etiam à Tertulliano *lib. de Baptismo. Sufficiat*, inquit, *necessitatibus, ut utaris Laico, sicubi aut loci, aut temporis, aut personæ conditio compellit. Tunc enim constantia succurrentis accipitur cum urget circumstantia periclitantis.* Similiter & sacra Cœna in casu necessitatis, puta in gravi morbo alicubi in privatis ædibus celebratur. Alii contendunt tantùm in publicis conventibus hæc sacra esse peragenda. Quam rem hic in medio relinquimus: & tamen putamus partes dissidentes non habere causam ob id sese mutuo contemnendi. Quod & à priscæ Ecclesiæ consuetudine, & à caritate Christiana alienum esse videtur.

12 Illud † quoque probè notandum quod circa sacra mysteria idem Imperator constituit *Nov. 137. c. ult.* non in secreto, sed palàm debere pronuntiari divinam oblationem & precationem, quæ fit in sancto Baptismate: & ea quidem voce quæ à populo exaudiatur & intelligatur, subjungit & ibidem rationem & auctoritatem Apostolicam. Ratio sumpta ab utili seu causa finali. hæc est: *ut inde animi auditorum ad maiorem devotionem & Dei laudationem ac benedictionem efferantur, sive excitentur*, quasi dicat, quod fieri non potest si nihil eorum, quæ dicuntur in sacris, intelligantur nihil exaudiant. Auctoritas est ex *epistolâ Pauli priore ad Corinthios, & eâ quæ est ad Romanos.* Hæc adjungenda sunt ad ea quę suprà diximus de sacris literis in eâ linguâ legendis, quam auditores intelligant.

CAP. V.

DE LITANIIS.

SUMMARIA.

1 *De verbo Litaniarum.*
2 *Quid sint Litaniæ.*
3 *Quid Iustinianus in Novel. 113. de Litaniis sanciat.*
4 *Preces privatæ ac domesticæ non prohibitæ.*
5 *Morum hodiernorum circa Litanias varietas, & dissidia.*
6 *Exacerbationes animorum, & tumultus, ex istis dissidiis.*
7 *Pia & prudens moderatio Veterum Ecclesiæ antistitum circa diversitatem Ecclesiarum in rebus adiaphoris.*
8 *Ioan. Stephani Durandi liber de ritibus Ecclesiæ Catholicæ.*

1 VEtus † Interpres *Litanias facere* vertit *Novel. 113.* quod Justinianus dixerat λιτὰς ποιῆν. Et usurpant vocabulum *Litaniarum* etiam Impp. *in l. 3. C. de hæret.*

2 Sunt autem † *Litaniæ* nihil aliud, quam preces publicæ sive solennes orationes: quæ antiquitus fiebant prælatis crucibus: quas hodieque in quibusdam locis frequentantes vocant *Processiones. Dicuntur etiam rogationes & publici processus.* Quod etiam Cujacius observavit *hîc*, adducens *N. 67. c. 1.*

3 De his † tria ferè sancit Imper. in *d. Novellâ* I. ne eas faciãt Laici sine Episcopis & Clericis. II. ne sanctæ cruces quæ ibi præportantur, alibi reponantur, quàm in loco sacro, quem Accursius vulgato verbo *sacristiam* appellat. III. Ut illi soli accipiant sanctas cruces, qui eas portare consueverunt. Constitutionis huius

huius rationem facilè intelligimus hanc esse: tùm ut omnia fiant ordine ac decenter: tùm ut religioni maior accedat veneratio. Ait autem Imperator: *Qualis est litania, in qua sacerdotes non inveniuntur, & solennes orationes faciunt?* Quasi dicat: Nullæ, & absurdæ, & velut ἀκέφαλοι sunt hujusmodi Litaniæ: cum sacerdotum sit præcipuum munus, non pro se tantùm, sed pro omni populo orare: maximeque in publicis ac solennibus conventibus, processibus & rogationibus. Neque † verò hæc in eam partem accipienda sunt: quasi per *d. Novellam* prohibeantur preces privatæ ac domesticæ: quas vel ipse quis facit solus, & ut Christus Dominus noster ait, in cubiculo suo; vel cum familia, sine ullo Sacerdote. Sed loquitur Imp. de publicis precibus, quas majori cum solennitate concipi peragique debere, conveniens atque decorum, adeoq; ad exemplum pietatis & incentivum aliorum pertinere, visum est ipsi. 4

De † moribus hodiernis circa Litanias admonendum, illos varios esse. 5
Nam Romanæ Ecclesiæ & religioni addicti mordicùs retinent ac defensant suas cruces & processiones: quasi tales ceremoniæ ab Ecclesiâ institutæ, ad ipsam pertinerent substantiam religionis & fidei Christianæ, ac precationum: quasique hæ sine illis rectè fieri non possent. Neque hoc tantùm: sed insuper alios dissentientes diris devovent atque defigunt; tanquam impios, sacrilegos & atheos. Contrà, Reformatam religionem amplexi & professi crucis gestationes atque processiones istiusmodi non solùm ipsi omittunt: sed etiam in aliis damnant: velut superstitione pollutas atque refertas aut certè otiosas ceremonias. Sæpè etiam profana, & petulans, aut certè imperita plebs (cuius ubique maior est numerus) prisco illo ritu peragentibus sacra, & crucigeras processiones facientibus violentas infert manus. Unde † quantopere exacerbentur animi quot quantique existant tumultus, quæ quantaque in rempub. ipsam redundent mala, nimium est ante oculos interque manus. Atque inter hæc divortia (ut sic loquar) opinionum hodie nutant & remigant animæ populorum: ut cum Optato Milevitano loquar. Quantò † autem rectiùs, saniùs & moderatiùs illi veteres Ecclesiæ antistites hac in re ceremoniarum & consuetudinum diversarum & sentiebant & agebant? ut Ambrosius, Augustinus, & alii. Memorabile est tum primis quod Augustinus scribit *Epist. 118. ad Januarium c. 2.* & refertur à Gratiano *in can. 11. dist. 12. Quæ per loca terrarum regionesque variantur, (sicuti est, quod alii jejunant Sabbato; alii verò non: alii quotidie communicant corpori & sanguini Dominico; alii certis diebus accipiunt: alibi nullus dies intermittitur, quo non offeratur; alibi Sabbato tantùm & Dominico; alibi tantùm Dominico: & si quid aliud huiusmodi animadverti potest) totum hoc genus liberas habet observationes. Nec disciplina ulla est in hu gravi prudentique Christiano melior, quàm ut eo modo agat, quo agere viderit Ecclesiam, ad quamcunq; fortè devenerit.* Ita Augustinus quem ne fortè putemus permittere, uti Chamæleontis vel polypi vel Protei instar variabilis in quasvis formas quisque esse possit: observanda quoque est, quam ibidem subjungit, limitatio: *Quod enim neque contra fidem, neque contra bonos mores iniungitur, indifferenter est habendum:* (ecce adiaphora de quibus tanta ab importunis quibusdam zelatoribus mota sunt certamina, ab Au- 7

gustino agnita!) *& pro eorum, inter quos vivitur, societate servandum est.* Refert deinde idem Augustinus insigne apophthegma & præceptum S. Ambrosii Episcopi Mediolanensis: qui apud Imp. Theodosium maximę dignationis fuit, qui etiam Augustinum ab hæresi Manichaica ad fidem Orthodoxam & Catholicam per Dei gratiam convertit. *Cum Romam venio* (dicebat Ambrosius) *jejuno sabbato: cum Mediolani sum non jejuno. Sic etiam tu, Ad quam fortè Ecclesiam veneris, eius morem serva* (intellige quatenus id salva fide fieri potest), *ne cuiquam non vitiosè scandalo, nec quemquam tibi.* Neque mala est, si ita capias, sententia vulgarium versuum:

Si fueris Romæ, Romano vivito more:
Si fueris alibi, vivito sicut ibi.

Consulueratautem Augustinus Ambrosium nomine matris suæ Monicæ, quę optima & religiosissima femina pro sua simplicitate fuerat nonnihil perturbata diversitate observationum & ceremoniarum, quas animadverterat pro diversitate locorum & Ecclesiarum esse varias. Sed audito illo Ambrosij exemplo & præcepto acquievit animo tranquillato. Eodem pertinet etiam insignis sententia Leonis *l. X. in epist. ad Michaelem Imp. Constantinopolitanum. cap. 29. Nihil obsunt salutiCredentium diversæ pro loco & tempore consuetudines; quando una fides, per dilectionem operans bona quæ potest, uni Deo commendat omnes. Can. 3. Dist. 12* Quæ loca & in primis illum Augustini, sæpè allegare solent Reformatæ religionis sectatores. Et possunt ista omnia confirmari etiam auctoritate Apostolica Pauli. *Rom. 14. per totum.*

Hæc de Litaniarum & similibus ceremoniis Ecclesiasticis pro instituti ratione attulisse sufficiāt. Plura quidē hoc argumēto legere desiderat, adire potest † Joan. Stephan. Durantum, Præsidem Tolosanum, *lib. 2. De Ritib. Eccles. Catholic. cap. 10.* ubi excellens ille & plurimæ lectionis vir memorabilia exempla Litaniarum & Processionum ex historiis collecta proponit.

CAP. VI.

De Personis Sacris: & primò de Monachis.

SUMMARIA.

Tractatus de personis, tractatui de rebus sacris præponendus.
2 *Prius agendum de Monachis quam Episcopis.*
3 *Episcopi ex monachis electi, & eligendi.*
4 *Quæ Novella ad hoc caput de Monachis pertineant.*
5 *Materia* De monachis, *Iuriconsulti cognitione & tractatione non est indigna. & cur?*
6 *Partitio capitis.*
7 *Prima pars capitis: de origine Monachorum.*
8 *Laudes vitæ monasticæ.*
9 *Cautio circa laudes & studium vitæ monasticæ adhibenda.*
10 *Nimium olim confluxus hominum ad monasteria.*
11 *Secunda pars capitis: de vocabulis huc pertinentibus.*
12 Monachus *simplex est vocabulum: non compositum ex μόνος & ἄχος.*
13 Monasterium *etiam simplex est vox: non cōposita ex μόνος & statio.*
14 Cœnobium *quid significet.*
15 Cœnobitæ, & Synoditæ, *idem quod* Monachi.
16 Mandra *pro cœnobio seu monasterio usurpatur.*
17 *Ar-*

igitized by Google

17 Archimandrita *princeps seu pater monasterij: qui &* Abbas.
18 Laura *idem quod hodiè vulgò* Cella: *& olim etiam* secretum.
19 Anachoretæ *à secedendo dicti: quomodo &* Eremitæ.
20 *De Anachoretarum duritie, virtutibus, miraculis.*
21 Hesychastæ, *à quiete dicti, idem cum* Anachoretis *&* Eremitis.
22 Chameunitæ *ab humi cubando appellati.*
23 *Quibus in rebus differant* Monachi *à* Clericis.
24 *Prima differentia inter Monachos & Clericos.*
25 *Secunda differentia.*
26 *Tertia differentia.*
27 *Quarta differentia.*
28 *Quatuor gradus pœnarum Ecclesiasticarum.*
29 *Depositio seu degradatio.*
30 *Excommunicatio minor.*
31 *Excommunicatio maior.*
32 *Anathematismus.*
33 *Tertia pars capitis, de modo constituendi monasterium. ad Novel. 5. c. 1. Nov. 131. c. 7 Nov. 67. c. 1.*
34 *Quarta pars capitis: de ordinatione Monachorum.*
35 *De ordinatione Abbatis. ad Nov. 5. & 123.*
36 *Quartæ partis alterum membrum: de officio monachorum. ad Nov. 133.*
37 *Monasteria duplicia, hoc est monachorum & monialium sub uno tecto, & monachorum cum monialibus conversatio, à Iustiniano prohibita*
38 *Scaccorum ludus Monachis permissus videtur.*
39 *Quinta capitis pars de Monachorum iure: sive de effectibus monachismi.*
40 *Effectus monachismi alius quoad Deum, alius quoad mundum.*
41 *Effectus monachismi quoad Deum.*
42 *Quomodo per monachismum omnis macula peccati detergatur. ad Nov. 5. in præfat.*
43 Pœna *causa in monasterium quidam detrudentur.*
44 *Effectus monachismi quoad mundum.*
45 *Effectus mundanus, quoad personam Monachi.*
46 *An monachismus sit capitis diminutio.*
47 *An monachismo solvatur, & solvere liceat, matrimonium.*
48 *An monachismus liberorum à patre prohiberi. aut exheredatione puniri possit.*
49 *Effectus monachismi mundanus, quoad bona monachi.*
50 *Omnia bona cum personâ ad monasterium transeunt.*
51 *Quicquid monachus acquirit, monasterio acquirit.*
52 *Monachus interdum servo, interdum filiofamilias comparatur.*
53 *Monachus de bonis quondam suis disponere & testari nequit.*
54 *Monachismo non fit irritum testamentum antiquius.*
55 *An valeat pactum quo monachus, dum monasterium ingrediebatur, sibi aliqua bona reservavit.*
56 *An superior possit monacho indulgere licentiam habendi aliquid proprium.*
57 *Peculium tacitè non expressè, concessum potest habere monachus.*
58 *Historia de bonis clam reservatis, cum monacho sepultis in sterquilinio. ad c. 6. Ex de statu monach.*
59 *An monachus sit capax feudi, remissivè.*
60 *An monasterio possit fieri subinfeudatio, remissivè.*
61 *Successio ab intestato, & ex testamento, monachis & monialibus non aufertur.*
62 *Regula de bonorum translatione & acquisitione monasterio faciendâ. Exceptio 1. existentibus liberis.*
63 *Quando & quatenus Monasterium sit loco filij.*
64 *Exceptio illius regulæ secundo, relictâ uxore.*
65 *Casus mortis verificatur in monachismo.*
66 *Eiusdem regulæ tres limitationes aliæ.*
67 *An monachus factus episcopus liberetur à regulis sui ordinis, remissivè.*
68 *Regula, de Testamenti factione denegatâ, limitationes.*
69 *Permissio testandi de bonis posteà quæsitis, Novellâ Leonis quintâ indulta.*
70 *Monachi prædia monasterii locare possunt.*
71 *Contractus monachorum an & quatenus valeant, remissivè.*
72 *Monachi qui, & quando, possint esse arbitratores.*
73 *An monachus possit produci testis contra monasterium suum, remissivè.*
74 *An monachus in iudicio litigare possit, sine licentia sui Abbatis.*

Digitized by Google

75 De competente iudice monachorum, & clericorum, & in causis civilibus.
76 De Iudice competente in criminalibus.
77 Monasterium, nisi sit exemptum, ad Episcopum loci pertinet.
78 An statuto possit cavèri, ut monasterium ingressus non retineat iura successionum, remissivè.
79 An magistratus secularis possit constitutiones aliquos facere, quæ monasterio & monachis adversentur.
80 Multitudo monasteriorum, & excogitatio eorum ordinum improbata.
81 Sexta capitis pars: de pœnis monachorum desertorum & vagantium, ex Novellis Iustiniani & Leonis.
82 Annotationis plurium quæ de Monachis tractari possent
83 De translatione monasteriorum, remissivè.
84 De constupratione monialis, remissivè.

1 TRactatu † *de Rebus sacris*, de quibus infra dicetur, meritò prior est locus *de Personis: arg. l. 2. D. de stat. homi.* & *§. ult. Inst. de jur. natur. gent. & civili.* Cum † autem multiplex sit varietas & ordo personarum
2 sacrarum, ut videre licet *in ipsa inscriptione Cod. De Episc. & cleric.* videor mihi rectè & ordine facturus, si primò agam *de Monachis*: & breviter com-
3 plectar, quæ Justinianus in Novellis constituit de ipsis. Nam † olim ex Monachis plerunque Episcopi eligebantur: quod & multis exemplis Ecclesiasticę historiæ probari potest; & rectè hîc annotavit Johannes *in summa Novell.* Imò etiam *in Nov. 6.* hoc ipsum disertè jubet Imperator, ut non ex plebe assumatur Episcopus, sed ex Clero vel Monasterio. Quod & Cujacius pulchrè explicat *ad init. d. N. 6.* Ut ita & naturæ & temporis ratione Monachi Episcopos antecedant; sicut adolescentia virilem vigorem. *l. 1. ff. de minor.* Item sicut exercitia umbratica, sive progymnasmata veros ac serios agones, & certamina in luce & arenâ obeunda.

4 Maximè † autem ad hoc caput pertinent istæ quatuor Novellæ: *Novel. 5. 79. 123. 133.*

5 Neque † verò hæc res aut Jurisconsulti cognitione, aut nostrâ tractatione indigna est. Etsi enim superioribus seculis ita degenerârunt monasteria & monastica disciplina, ut multis exosum ac vile esse cœperit vel ipsum nomen *monachorum & monialium*, (unde & olim natus est versus stelitteuticus: *Quicquid agit mundus, monachus vult esse secundus.* Et hoc distichon Æneæ Sylvii, qui postea fuit Pontifex Pius II.

Non audet Stygius Pluto tentare, quod audet
Effrenis monachus, plenaque fraudis anus.

Item hoc alterius Auctoris:

O Monachi, vestri stomachi sunt amphora Bacchi:
Vos estis (Deus est testis) teterrima pestis.

tamen institutum ipsum fuit sanctissimum, & plurima ex monasteriis lumina Ecclesiæ Christianæ prodierunt: imò & S. Basilius, S. Augustinus, & alii accuratas regulas exercitiorum sanctorum præscripserunt, quæ appellarunt ἀσκητικὰ: sicut monasteria ipsa dicta sunt ἀσκητήρια, ab ἄσκησις, id est, exercitium. Eoque respexit etiam Imperator, cum *sacros Canones & sanctos Patres* nominat *initio d. N. 133.* Fuit etiam tempus, cum ferè quicquid in orbe terrarum eruditionis esset, quicquid librorum, id omne monasteriorum claustris contineretur: extra illa

Digitized by Google

tra illa frustrà quæreretur. Non debet autem propter abusum tolli res ipsa per se utilis & laudabilis: quin potiùs abusus est abstergendus, salvâ rei substantiâ. Accedit denique, quòd, ut hodiè est status Imperii Romano Germanici, in quo plurima adhuc vigent monasteria, in utroque sexu, non possumus hac doctrinâ carere. Videatur etiam Nicol. Euerhardus *in Top. legalib. in loco, à servo ad Monachum.*

Sed ad rem ipsam. Videndum † est ergò I. de origine monachorum & laudibus vitæ solitariæ seu monasticæ. II. De vocabulis huc pertinentibus, & de iis, qui cum Monachis habent similitudinem, nec tamen iidem sunt: ubi etiam de differentia inter Monachos & Clericos. III. De modo constituendi monasterium. IV. De Monachorum ordinatione & officio. V. De eorum jure, quid, inquam, habeant, vel non habeant juris, sive de effectu monachismi. VI. De pœnis monachorum, si fiant desertores & transfugæ. 6

Quantum † ad originem huius instituti attinet; constat, vel ex Philonis *in lib. de vita contemplativa* testimonio; quod & Hieronymus laudat *in lib. de scriptorib. Eccles. fiast.* antiquissimum hoc esse institutum fluxisseque ex moribus primorum Christianorum; de quibus testatur Lucas *in Act. c. 2. v. 44. & 3. seqq. & c. 4. v. 32. cum v. 34. & 35.* Denique & Posidonius satis apertè indicat *in vita Augustini.* Videatur & Cujacius *hic ad Nov. 5.* Maximè verò in Palæstina sive Syria & Ægypto monachi primitùs extiterunt: unde postea in alias quoque regiones ac provincias effusi sunt: ut in Græciam, Italiam, Africam Hispaniam, Galliam & Germaniam nostram. 7

Porrò † magna elogia & amplæ laudes huic vitæ generi asscriptæ sunt: Cujusmodi multæ colligi possent ex Chrysostomo & aliis sanctiss. Patribus si hoc ageremus. Sed omissis in præsens pluribus locis aliorum scriptorum, contenti simus istis, ab Imperatore nostro in laudem solitariæ vitæ sive monachismi prolatis. *Conversationis monachalis vita*, inquit, *Nov. V. sic honesta est, sic commendare novit Deo ad hoc venientem hominem, ut omnem humanam eius maculam detergat, & purum ac rationabili naturæ decentem, & plurima secundùm mentem operantem & humanis cogitationibus celsiorem reddat.* Similiter *Nov. 133. in prin. Solitaria vita*, inquit, interprete Haloandro, *atque in ea contemplatores planè sacra est; & quæ suapte natura animas ad Deum adducat:* (quod vetus interpres rectiùs, *eleuet*) *neque iis tantùm, qui eam incolunt, commodet, sed etiam omnibus aliis puritate suâ & apud Deum interpellatione competentem de se utilitatem præbeat.* 8

Circa † hunc tamen articulum illa videtur adhibenda cautio, ne nimis effusi simus in laudes vitæ monasticæ: aut eius studio nimio deseramus vocationem nostram, vitæque civilis officia: quin potiùs memores præcepti Apostolici huius: *Unusquisque in sua vocatione maneat*; ita statuamus, posse unumquemque, etiam laicum in vita civili Deo grata facere, & proximo inservire, & pietatem caritatemque colere, & pro aliis Deum orare. Quod sæpissimè in suis homiliis inculcat S. Chrysostomus, quantumvis alioquin sit in laudibus monachismi liberalis. 9

Ex historiis † certè didicimus, fuisse tempus cum ita homines confluerent ad monasteria ut etiam vitæ communis officiis, verbi gratia militiâ, se subtraherent, & onera subterfugerent, quibus laici ferè premuntur. 10

muntur. Ideoque publico edicto Imperatoris inde aliquando retrahendi prohibendique fuerunt Sic Mauritius Imperator edicto cavit, ut nulli, qui in manu signatus esset (solebant autem milites in manu signari, ut inde agnosci possent) liceret converti, id est, in monasterium ingredi. Contra quam tamen legem sui principis disputat Gregor. Magnus *lib. 2. registri c. 100. & c. 103. &c.*

11 Secundò † vocabula huc pertinentia hæc ferè sunt: *Monachus, Monasterium, Cœnobita, Cœnobium, Cœnobiarcha, Mandra, Archimandrita, Abbas, Laura, Synodita, Anachoreta, Hesychasta, Eremita, Chamæunita.* De quorum singulis, quid valeant, breviter videbimus. Sunt enim quædam inter illa ab usu vulgari
12 remotiora. *Monachus* † non est compositum verbum, ut quidam vel per imperitiam, vel per ludibrium, à μόνος & ἄχος, quasi solus & tristis esse debeat:
13 sed est simpliciter à solitudine derivatum nomen: sicut & *Monasterium*, † ut
14 non rectè Johannes, & alii, hic admiscuerint *stationem.* Locus † autem in quo Monachi degunt non tantùm dicitur monasterium, sed etiam *Cœnobium*,
15 quo significatur communio & societas communis vitæ. Hinc & *Cœnobitæ* † ipsi Monachi dicti qui & *Synoditæ.* Vide Cujac. *ad Nov. 5.* qui ex collat. C. Theod. cum Justin. item ex Gennadio & Suida probat; nihil interesse, utrum dicamus
16 *Synoditas* an *Cœnobitas.* *Mandra* † quoque pro Cœnobio seu Monasterio usurpatur: quo tamen aliàs spelunca vel latibulum significatur, ut *Psal. 104* vel, secundùm alios, *Psal. 103.* pro latibulis sive cubilibus ferarum in quibus se occultant.
17 Hinc † *Archimandritam* vocârunt principem monasterii, sive patrem Monachorum: qui usitatiore nomine *Abbas* dicitur, nomine Syria co, quod etiam in sacris literis aliquoties extat. & ab aliis, ut supra monui, dicitur
18 Cœnobiarcha. *Laura* † est angusta domuncula Monachorum, quam vulgò *Cellam* (κέλλιον) vocamus. *Suid. & ex eo Cujac. hîc.* Qui & *Secretum* ita usurpari observat *in l quidam 26. C. de decur. lib. 10. & Lult. C. de metall. lib. 11.* *Anachore-*
19 *tæ* † à secedendo dicti sunt, qui in eremum seu desertum, eremitarum mo-
20 re, olim confugiebant. Hi † à monachis multum differunt, & rigidiorem vivendi rationem sectabantur. Sunt autem stupenda quæ de eorum duricie aliisque virtutibus & miraculis passim legimus, *in hist. Eccl. apud Athanas. Hieronymum, Theodoret. & Sulpit. Severum in lib. 6. & dial. de B. Mart. denique in vitis Patrum:* nisi forsan admixta sunt quædam fabulosa. De his scitum est illud Aristotelis *1. polit. 1.* quod & Cujacius *hic ad Nov. 5.* refert: *Tales homines aut esse bestias, aut Deos:* id est, excedere vitæ humanæ modum & naturam communem vel in
21 melius, vel deterius. *Hesychastæ* † cum Anachoretis & Eremitis ferè iidem sunt: quorum loca, in quibus commorantur, *Hesychasteria* appellantur. Nomen autem acceperunt à quiete. Hoc enim est Græcis ἡσυχία & ἡσυχάζειν, quiescere, idem ferè quod χαλάζειν Hinc apparet, quàm nihili sit ἡσυχαστήρια, quæ a-
22 pud Johan. legitur *in sum. N. 5.* quam hinc licebit restituere. *Chamæunitæ* † dicuntur ab humi cubando, & χαμεύνια sunt cubilia humistrata. Cujacius *Exedras* interpretatur.

23 Sed quibusnam † in rebus differant Monachi à Clericis, breviter cognoscamus. Cavendus est enim error eorum, qui putant, ipsos quoque monachos esse

esse clericos, in quibus video etiam esse Johannem *in fum. Novell.* Fateor equidem, ex Monachis fieri posse Clericos, *l. 32. C. Theodos. de Episc. & Cler.* Quod etiam apparet ex S. August. *ep. 67.* Ait enim ordini Clericorum indignissimam fieri injuriam, si desertores monasteriorum ad militiam clericatus eligantur, cum ex his qui in monasterio permanent; tamen cavendum esse, ne deterioribus Monachis ad Clericatum promotis novum dicterium excitetur inter homines huic levitati illudentes: *Malus monachus bonus clericus est*, ad exemplum illius proverbii: *Malus choraula bonus symphoniacus est.* Ad quem illustrem locum August. manu-duxit me eruditissimus Cujacius, verbo tantùm hanc epistolam innuens. Sic Julianus Imp. cognomento Apostata, qui tamen insignibus præditus fuit virtutibus, non minùs, quàm vitiis, ut describit Ammian. Marcell. *lib. 25. hist.* initio fuit monachus Nicomediensis, postea factus est Clericus, & tandem Cæsar Romanus. Sed à Clericis monachi separantur, & clerici esse negantur *in l. 52. C. de ep. sc. & cler.*

Prima † igitur differentia est, quò ad matrimonium, quod indistinctè interdictum est monachis: sed clericis quibusdam, puta inferiorum ordinum, permissum. De qua distinctione clericorum videndus est Cujac. *ad init. N 5.* & latiùs *ad tit. decretalium, qui clerici vel vovētes matrimonia contrahere possint.* Quàm rectè autem aliquibus hominibus fibula imponatur sive perpetuus imperetur cœlibatus, nunc non disputamus. Videatur tota historia Ecclesiastica circa hāc rem diligentissimè collecta à Philippo Mornæo, nobili Gallo, & præfecto Regio *l. b. 2 de circumstant. & appendicibus cultus divini & missæ. cap 9. 10. 11. 12.* pòst Martin. Chemnitium *in Exam. Trident. Concil.* Secundò † differunt, quòd ad Ecclesiam. Clerici enim certam habent Ecclesiam cui sunt deputati: Monachi verò non item; jure quidem Justinianeo. *Nov. 3. & 133.* Tertiò † cœtus clericorum longè præeminet cœtui monachorum. Quò pertinet quod suprà dixi, clericos ex monachis solere eligi & promoveri. Reperias tamen; qui monachismum clericatu perfectiorem existimantes, ab hoc ad illū se receperint. Quartò † differunt, quòd ad pœnas sive censuras Ecclesiasticas. Nam clericorum pœna est depositio sive degradatio, quæ & *regradatio*, & Græcè καθαίρεσις appellatur: Monachorum pœna est ἀφορισμὸς, id est, ex communicatio seu exclusio, quâ & laici afficiuntur. Quod † ut intelligatur, monendi sumus de quatuor gradibus pœnarum Ecclesiasticarum, qui sunt: 1. Depositio 2. Excommunicatio minor. 3. Excommunicatio maior. 4 Anathematismus sive ἀνάθεμα. *Depositio* † seu *Regradatio*, seu *Degradatio*, est propria clericorum: eos que ordine clericali exemtos redigit in ordinem Laicorum sive secularium. *Excommunicatio minor* † est, quæ excludit hominem non ab ipsa Ecclesia, sed tantùm à communione sacramentorum. *Excommunicatio maior* † (quæ & absolutè *Excommunicatio* dicitur) est quæ hominem ab ipsa Ecclesia separat. *Anathematismus* † est, quo quis etiam ab ipso corpore Christi abscinditur, sive ab omni spe salutis separatur. Ex quo intelligimus, anathematismum graviorem esse cæteris omnibus, & priores gradus sive formas pœnarum omnes in se continere sive includere. Et de his differentiis monachorum & clericorum videndus est

24 25 26 27 28 29 30 31 32

dus est idem Cujac. non modò *ad d. N.5.* sed etiam *in recitationibus ad c.2. & c.4. Ex. de condit. appositi.*

33 III. Sequitur † de modo constituendi monasterium. Modus hîc præscribitur ab Imp. *d. N.5. c.1. & N.131. c.7. N.67. c.1.* nempe ut fiat autoritate Episcopi (intellige illius loci, in quo situm est monasterium, quem *Diocesanum* vocant, rectiùs *Diœcesanum*, ἀπὸ τῆς διοικήσεως, hoc est, ab administratione) qui faciat fundamentum manibus ad cœlum expansis, & orationibus ad Deum factis, & crucis signo ibi defixo: interveniente quoque publicâ processione. Aliter constructa monasteria vel oratoria haberi vult pro speluncis illicitis. *d. Nov. 67. c.1. in fin. &c.*

34 IV. Ad ordinationem † Monachorum quod attinet, requiritur ante omnia talis persona quæ imbuta sit sacrarum literarum cognitione, & tametsi non sit perfectus sive summus Theologus; tamen in articulis fidei non erret. *ut hîc Johan. in summa.* Videndum est etiam de conditione personæ, qualis sit is qui in monasterium ingredi & professionem facere vult, notus an ignotus; liber homo an servus: explorandum quoque, quid ipsum impulerit ad monachismi susceptionem. Si constet esse aliquem liberum hominem, vel statim recipi potest, & indui habitu solenni (tametsi habitus ipse non facit monachum, sed professio regularis: ut ait *c. porrect. & c. ex part. Ex. de regularib.* & ex eo Cujac. *ad d. qui clerici vel voventes, &c*) in servo autem expectare oportet triennium: intra quod tempus potest retrahi à domino suo in servitutem: eo elapso fit liber, quasi scilicet à Deo manumissus, *inquit Johannes*: nec potest amplius à Domino repeti, quamvis resipsi suæ restituendæ sint, si quas fortè secum attulerit servus in monasterium. Hic tamen notanda est differentia Juris Canonici à Civili; quæ
35 videatur apud Johan. *in summa.* §. *sed secundùm Canones.* Circa † ordinationem Abbatis hoc servatur, ut eligatur quidem ab ipsis monachis, sed confirmetur ab Episcopo. *Nov. 123.* Anteà verò ex *Nov. 5.* ordinabatur simul & eligebatur ab Episcopo; non attentâ electione monachorum. Et quidem in Abbatis electione & ordinatione non tàm senectus spectanda est, quàm quis cæteris præstantior sit aliis dotibus. *Nov. 5. §. ordinationem. & Nov. 123. §. subemus.* ut ita non ubique senectutis præcipua ratio habeatur. Vide & Bartol. *ad Nov. de monachis in fin.*

36 Ad officium † monachorum jam ordinatorum quod attinet: id præscribitur ipsis partim in regula sui ordinis (sunt enim varii ordines monachorum, à suis plerunque autoribus sive fundatoribus nuncupati: quanquam de illis nihil in Novellis agitur, sed tantùm in genere de monachis: credo quod tùc temporis illi non essent in tot familias, vel potius greges dissecti) partim est generale, verbi gratia simul habitare, nihil proprium habere, vacare orationi & lectioni sacræ, aliisque pietatis exercitiis occupari: imò etiam manuarium laborem non aversari (quandoquidem apud Sulpitium Severum, elegantissimum scriptorem, *in Dialogis* legimus, monachos non solùm libros scripsisse, sed etiam terram coluisse) non conversari in tabernis: fugere otium: vitare lusum aleæ; quod *ad tabulas ludere* vetus interpres dixit, *in Novel. 123.* In Græco textu est, παίζειν

Digitized by Google

ἐκκλίζειν. Reddit autem Imp. huius rei rationem veriſſimam & latiùs patentem: quia mens fruſtrà vacans (ſive otio dedita) nihil bonorum parit. *N. 133. c. 6.* Præterea vitare ſedulò congreſſus & conſuetudinem alterius ſexus. Probè enim ¶ hoc notandum, duplicia monaſteria, id eſt, ubi ſimul ſub eodem tecto ſint 37
mares & fœminæ monachi & moniales, ſive Fratres ut vocant & ſorores, ſeverè à Juſtiniano prohibita eſſe; *l. 44. C. de epiſc. & cler.* adeò ut ne quidem permittat occaſione ſepulturæ vel memoriæ defunctorum celebrandæ (ſicut eâ tempeſtate receptum erat, ſtatis temporibus memorias defunctorum recolere) monachos ad moniales vel contra ingredi. *Nvella 133. quom. oport. monach. vivere. cap. 3. Neque enim*, inquit, *viros mulierum ſtudia decent neque rurſus virilia mulierum collegiis conveniunt*: quod convenit cum *l. 1. D. de poſtul.* & latè DD. *ad l. 2. famina. D. de regul. jur.* Alteram quoque ibidem indicat rationem: *quia monachis non eſt cognatio in terra, cœleſtem vitam ζelantibus*, id eſt, affectantibus. Excipiuntur tamen quædam neceſſitudines (ut frater, ſoror) quarum demortuarum causâ liceat certis conditionibus diverſi ſexus cœnobium intrare. Sed quod dixi † de ludo aleæ monachis per Juſtinianum prohibito; ab hac prohi- 38
bitione probabiliter admodum excipit Accurſius ludum Scaccorum, *in gl. ad Auth. interdicimus, in verb. ad tabulas ludere. C. de epiſc. & cler.* Ubi & rationé hanc addit exceptionis: quia hic luſus in ingenio cõſiſtat, nec viribus fortunæ committatur. De hoc genere luſus extat eruditum poëma Hieron. Vidæ Epiſcopi Cremonenſis. Atque hæc de officio monachorum breviter delibaſſe ſufficiat.

Properamus enim adquintum † membrum huius capitis ſcilicet de effe- 39
ctu monachiſmi, ſive monachationis (utroque enim vocabulo DD utuntur, eum ipſis eſt ſermo de ingreſſu in monaſterium.) Hoc membrum latiſſimè patet & maximi eſt momenti. Joh. Gloſſator † ita diſtinguit: ut monachiſmus 40
alium habeat effectum, quò ad Deum, alium quò ad mundum. Quò ad Deum, † ait per hunc detergi omnem maculam peccati. Quod ſumit ex ipſis Juſtiniani verbis *in prefat. Nov. 5.* Sed hoc † ſano intellectu accipi debet, ſcilicet ſi 42
quis hoc animo ingrediatur in monaſterium, ut ibi ſeriam agat pœnitentiam delictis in ſeculo admiſſis: quorum veniam ſperet ſe à Deo impretaturum, non tam ſuis meritis & ſatisfactione aliquâ, quàm unius Chriſti ſacrificio pro peccatis mundi oblato. Huic enim ſoli peccatorum emundationem nos adſcribere docent ſacræ literæ; ut *Joan. epiſt.* Hoc tamen etiam ab eo fieri poteſt, qui non ingreditur in monaſterium, nec cucullam induit; ſed habitum ſecularem retinens, officia vitæ communis obit inter homines. Quamvis hoc negari non poſſit, plures in mundanâ vitâ occaſiones obiici ad delinquendum. Sed tantò majori hic opus eſt cautione & ſtudio in vitandis occaſionibus delinquendi, vel etiam illis fortè oblatis averſandis. Ita fiet, ut ubi durior eſt pugna, ibi ſit glorioſior victoria. Illud † certum eſt, jure Juſtinianeo multos etiam 43
pœnæ causâ in monaſterium detrudi ſive mitti, ut ibi pœnitentiam agétes peccata ſua deleant; idque vel perpetuò, vel ad tempus ibi manentes. Exemplum eſt celebre in adultera. *Nov. 134. cap. 10* unde ſumitur *Auth. ſed hodiè. C. ad l. Jul. de adult.* Et *cap. 11. ejuſdem N.* unde ſumitur *Auth. idem eſt. C. de bonis, quæ liberis.* ſcil.

si quis matrimonium sine legitima causa dirimere conetur. Sed his omissis,
44 † in præsens mundanum effectum monachismi examinemus. Quem ita partiri possumus, ut alius respiciat personam: alius res ac bona monachi. Quòd ad
45 † personam: quæri inprimis solet, *an* † *monachus patiatur capitis diminutio-*
46 *nem* sive *an monachismus sit capitis diminutio?* Accursius quidem, & ante ipsum Johannes, esse puant: & Bartolus quoque verius putat, minimam capitis diminutionem pati monachum. Pro qua sententia facere videtur, quòd monachus quasi novo patri scilicet abbati suo, subiiciatur: & quasi filius fiat vel etiam servus ipsius monasterii. Item, quòd monachus potest obses dari, sive in obstagio poni à suo abbate pro debito monasterii. *cap. 9. ex rescripto. Ex. de jurejur.* & Henning. Gœden. *in consil.* Quod tamen puto hodiè sublatum esse per constitutionem Imperii, quâ huius modi obstagia, quæ Germani vocant Leistungen, prohibentur. Qua de re videatur etiam Andr. Gail. *in obser.* Cujacius tamen negat monachismum esse capitis minutionem: quia nec libertatem, nec civitatem, nec familiam adimat. In his autem tribus consistit hominis status: quibus salvis non potest quis dici capite minutus. Non enim quævis mutatio status pro capitis minutione haberi debet: ut si quis Senatu sit motus si quis manumissus, si quis emancipatus quanquam de emancipatione alia ferè res est propter imaginariam servitutem, in quam quis deducebatur. Monachus autem manet liber homo; tametsi interim, quò ad acquisitionem, cum servo comparetur. Manet etiam civis & particeps civilium, si non omnium verbi gratia testamenti factionis quam amittit; saltem aliquorum, ut successionum legitimarum. Imò etiam aliquando testamenti factionem habuerunt monachi post ingressum religionis *l. 13. generali lege. C. de sacros. eccl.* tametsi hoc postea mutatum sit *per N. 5. cap. 5.* Unde sumta est *Auth.* illa nobilissima, *ingressi. C. eod.* per quam facultas testandi monachis est ademta. Denique etiam familiæ jura retinet monachus, sive sit pater familiâs, sive filius familiâs. Cui non obstat, quòd subiiciatur abbati & monasterio. Hæc enim diversa est species subiectionis & potestatis: quę proinde non debet tollere priorem, quæ est patriæ potestatis: quemadmodum neque matrimonium jure nostro tollit patriam potestatem: de quo præter alios videri potest Tiraquellus. Sunt tamen nonnulli in hac opinione per monachationem solvi patriam potestatem, sive pater, sive filius in monasterium ingrediatur. Qua de re videatur Joan. Schneidew. *ad tit. Inst. quibus modis jus patriæ pot. solvitur. n. 7.* Sed mihi altera sententia magis probatur: in qua & speculator
47 est. *in tit. de statu monach.* & Joan. Faber *ad d. t. Inst.* Ad jus personæ hoc † quoque pertinet; quod monachismo solvitur matrimonium non minus, quàm morte, si scilicet alteruter conjugum vel sponsorum solitariam vitam voverit, & perpetuam castitatem *l. 53. sancimus. §. ult. & l. 56. Deo nobis. § 1. C. de episc. & cler. Nov. 22. cap. 5.* Quo casu uterque conjugum sua bona ad se recipit, quæ ad conjugem attulit. Hoc tamen benè mutatum est per jus Pontificium: ut scilicet maritus non possit religionem suscipere & castitatem vovere, nisi uxor etiam consentiat: neque uxor fieri monialis nisi consentiente marito: Quod etiam moribus nostris observatur. Videatur hac de re *totus titulus Ex. de conversione*

conjuga-

Digitized by Google

conjugatorum. Ratio juris Canonici est: quia neque vir, neque uxor potestatem habet corporis sui sed alter alterius est debitor: ut & D. Paulus *ad Corinth.* monet. Hæc etiam † quæstio ad jus personæ pertinet: An possit pater prohibere, ne filius suus fiat monachus, aut filia monialis? Et, an si liberi invitis parentibus in monasterium se contulerint, justa hæc sit causa exhæredationis? Sed utrumque ab Imperatore negatur *in l. 55. ut non liceat, & l. seq. §. 1. C. de episcop. & cler. &c.* Quod ad res † sive bona monachi attinet; tenenda est regula: Omnia, † quæ eius propria fuerunt, ipso ingresso, tacito jure, transeunt ad monasterium, ut ipse quasi Deo dedicatarum rerum dominium amittat *d. N. 5. c. 5. & d. Aut. ingressi. C. de SS. Eccles. & ibi communiter Interpp. maximè Bart. Castren. Jason.* Deinde † quicquid etiam monachus acquisiverit post monachismum sive professionem religionis; id omne monasterio acquirit: ipse verò nihil proprii habet. Quod & multis Juris Canonici locis cum jure civili concordantibus probatur: *ut can. unic. 18. q. 1. & q. 2. cap. abbates. Ext. de off. ord. cap. quando, & c. in præsentia.* uti post Philippum Decium & alios etiam Cujacius *Ext. de probat. cap. 2. de testament. & cap. cum olim. Ext. de privil. probat.* Nam quò ad † acquisitionem monachus æquiparatur servo; & sicut servus nihil sibi, sed totum Domino acquirit, ut notum est *ex Instit.* sic etiam monachus indifferenter acquirit monasterio, *c. 6. cum ad monasterium. Ext de statu monach.* licet quò ad alia, æquiparetur aliquando filiofamiliâs, quando scilicet hoc utilius est monasterio, in favorem eius. ut ex Baldo & Alexandro probat Schneidw. *ad titul. Inst. de interdictis. §. possidere. n. 140 & seq.* Videatur etiam Martinus Uranius, *consil. 22. tom. 2.* & Zasius *ad l. cum fundus. §. servum n. 71. & seq. ff. de reb. credit.* Ubi allegat Innocentium & Bartolum: qui putant, monachum comparari servo in contractibus, sed filiofamiliâs in ultimis voluntatibus & successionibus: ut ita nobis dicere liceat, monachum habere quasi geminam faciem. Decidit ibi Zasius, *argumento d. §. servum* quæstionem de facto sibi in advocatione oblatam; quid juris sit, si monachus de uno monasterio in aliud fugiens pecuniam secum abstulerit, ex qua res aliquas emerit; utri, inquam, monasterio priori, an posteriori, illæ res acquirantur & quibusnam remediis priori monasterio eiusque indemnitati consulatur. Hinc sequitur: † cum monachus nihil proprii habeat, non posse etiam ipsum de bonis quondam suis quicquam disponere, utpote cum non amplius sit eorum Dominus. Non poterit itaque de his testari: cum nemo possit testari de bonis alienis. *l. 8. confitentur. §. 3. in fin. ff. de jur. codicill. & d. Aut. ingressi.* Unde & Posidonius de S. Augustino, *in eius vita: Testamentum*, inquit: *nullum fecit, quia unde* (id est, de quò) *faceret, pauper Christi non habebat.* Quanquam † testamentum, quod quis ante monachismum fecit, non fit irritum per subsequentem monachationem, neque infirmatur. *Nov. 5. & Nov. 76.* Quod ipsum quoque argumento est, monachismum nullam afferre capitis minutionem, *ut supra docui.* Quæritur: † Quid si monachus dum ingrediebatur monasterium, sibi aliqua bona reservârit per pactum? an hujusmodi pactum valebit? De eo, post Bartolum, latè tractat Jason. *ad d. Aut. ingressi.* Et concludit, non valere: maximè *n. 30. & 37.* Quæritur † etiam: an superior possit

48 49 50 51 52 53 54 55 56

indulgere monacho licentiam habendi aliquid proprii? Et hoc expressè negat *c.6. in fine. Ex. de statu monachorum.* Ubi ait Innocentius tertius ne Papam quidem ipsum posse talem indulgentiam concedere monacho, ac multò minus id posse abbatem. Videatur & Philip. Decius, *cons. 530. num. 17.* Ubi tamen, (quod mirari licet) addit, communem esse DD. conclusionem, posse hoc facere Pontificem ex causa, saltem dispensando, ex plenitudine potestatis. Sed hæc
57 † sententia manifesto *d.c.6.* textu refelli potest. Non obstat † tamen, quòd Nicol. Euerhard. *in Top. legal. in loco à servo ad monachum n. 2.* docet: posse monacho per superiorem concedi aliquod quasi peculium: Quod probat etiam Johan. Goddæus, *cons. 25. n. 150. in 1. volum. consil. Marpurg.* Differunt enim hæc duo: habere propria bona, sibique retinere permissu superioris, sive expressa indulgentia id quod monacho non conceditur: Et, habere quasi propria aliqua, sive peculium tacitè indultum, quasi conniventibus oculis superioris: quod mona-
58 cho non denegatur, *argumento text. in l. 4. §. 1. ff. de manumiss.* Hic notanda † est historia, cuius autoritatem & exemplum in regulam generalem traxit Innoc. III. *in d.c.6. in princ. Ex. de statu monach.* Gregorius M. in Dialogis scribit, se proprietatem inventam apud monachum post mortem eius, sepelisse cum ipso in sterquilinio, in signum perditionis. Procul dubio respexit ad exemplum Ananiæ & Saphiræ, de quo *in actis Apostolorum*: ubi scribitur, hos coniuges etiam nonnulla bonorum suorum occultâsse; cum tamen interim videri vellent omnia in commune contulisse, atque ita spiritui sancto mentiti fuissent: id est, non homines, sed Deum decipere voluissent: ut ibi S. Petrus gravissimè inquit, eos objurgans & verbo occidens.

59 Sed quid † si monachus feuda aliqua habeat? Acquirentúrne etiam hæc monasterio? Hæc quæstio an, inquam, monachus capax sit feudi, vel non; latè tractatur à Feudistis. Videatur inprimis Vulteius *l. 1. de feud. cap. 9. nu. 67.* Item Mart Uranius, *cons. 9. per. tot. tom. 1.* & Sigismundus Lofredus *in paraphr. feudal. pag. 49. facie. 2. §. in quo cleric.* Pulchrè autem Vulteius distinguit tres diversas quæstiones de clericis & monachis, (hos enim latè & generaliter accepto vocabulo clericorum pro iisdem habet *d. loc.* sicut etiam *cap. 3. eiusd. l. b. 1. nu. 12.* per text feudal *in cap. unic. §. qui clerici. tit. si de feudo defuncti contentio sit inter dominum & agnatos.* Quam distinctionem significationis vocabuli clericorum addi velim iis, quæ suprà dixi) Aut enim quæritur 1. De constitutione feudi, id est an feudum, quod antea non fuit, possit monachis constitui? aut quæritur 2. de successione, id est an possit monachus succedere in feudum anteà constitutum? aut quæritur 3. de retentione, id est an monachus possit feudum antea constitutum retinere? Quid autem de singulis tenendum sit, & quænam aut quæ feuda per monachum possint acquiri monasterio; inde, si usus incidat, petendum
60 est. Huc pertinet † etiam illa quæstio vicina: An monasterio possit fieri subinfeudatio? Et, ad quem devoluatur feudum ei subinfeudatum, destructo fortè monasterio? De qua re videatur Consilium Modestini Pistoris *47. per tot. volumine 2.*

61 Benè † autem notandum est, quòd monachi & moniales succedant ab intestato

teſtato pariter & ex teſtamento perinde ac ſi non eſſent ingreſſi in religionem. Qua de re videatur & Schurffius *conſ 41. cent 3.* & Philip. Decius *conſ.674. num.5.* Quo conſilio concludit: non poſſe patrem deteriorem facere conditionem liberorum monaſterium ingredientium, quàm eſſet futura, ſi in ſeculo remaniſſent, verbi gratia talis diſpoſitio parentum non præjudicat liberis, ſi in teſtamento ſcripſerint: *Filius meus vel filia, ſi in monaſterium ingredietur, contentus erit victu & veſtitu; nec amplius quid ex bonis meiis habebit: ſed ſi manſerit ſecularis, erit mihi hæres univerſalis.* Item, *Filiæ meæ relinquo 100. ſi nupſerint ſin autem monialis fiet, tantùm 50.* Talis, inquam conditio ſive tale gravamen reiicitur: quia eò pertinet, ut liberi à propoſito religionis ſuſcipiendæ abſtrahantur ſeducantur, vel impediantur: quod parentibus eſt interdictum utroque jure. Videatur & Johan. Gœddæus *conſ.25 n.79. volum.1. conſ. Marpurg.* ubi ait, etiam hæreditatem delatam monacho, licet nondùm aditam, ab ipſo tamen trāsmitti ad monaſterium. Qua de re videatur etiam Covarr. *ad rubr. de teſt.am fol.30. n.31.*

Sed quod † dictum eſt de bonorum translatione & acquiſitione facienda 25
monaſterio per monachum vel monialem, id quasdam recipit exceptiones notabiles. Nam primò liberis, quos quis in ſeculo reliquit, reſervare debet ſuam legitimam, eaque monaſterio non acquiritur. Nam etſi magnus eſt favor religionis tamen ita favendum eſt monaſteriis, ne quid fiat in præjudicium liberorum, aut ne hi portione ſibi à naturâ debitâ defraudentur. In hanc rem memorabilis eſt text. *in can.43. quicunque. c.17. q.4* ſumtus ex Auguſtino: *Quicunque*, inquit, *vult exheredato filio heredem facere Eccleſiam* (idem eſt in monaſterio) *quærat alterum, qui ſuſcipiat, non Auguſtinum, &c.* Ibidem quoque celebrat magnis laudibus S Aurelium Epiſc. Carthag quòd reſtituerit bona cuidam, qui donaverat ea Eccleſiæ, retento ſibi uſufructu cùm nullos haberet liberos, neq; ſperaret, ſe ullos procreaturum, poſteà tamen ex inſperato ſuſcepiſſet. Quam reſtitutionem ait Auguſtinus factam ab Aurelio, jure poli; cum jure fori potuiſſet retinere donata. Qui caſus notabilis pertinet ad *l ſi unquam. 8. C. de revocand. donat.* Ad quam prolixè commentatus eſt Andr. Tiraquellus. Non obſtat † ſu- 65
perioribus, quòd monaſterium dicitur eſſe loco filii. Nam id tunc demum eſt verum, quando is, de cujus ſucceſſione quæritur, nullos habet filios propriè dictos. Tunc, inquam, monaſterium ab ipſo inſtitutum eſt loco filii & excludit ſubſtitutum vel fideicommiſſarium. Non enim dicendus eſt ſine liberis decedere, cui monaſterium ſuccedit. *c.8. in præſentia. & ibi. poſt Decium & alios, etiam Cujacium. Ex. de probat. Auth. niſi rogati. Et ibi DD. Jaſon & alii. C. ad SC. Trebell. & N.123. cap.37.* Videatur & Decius *conſ. 259. n. 4.* & Sichardus *conſ. teſtam. 6.* ubi concludit pro monaſterio contra filiam naturalem abbatis, cuius matri, ſuæ nimirum concubinæ, abbas donationem feciſſe proponebatur. Præterea dicta regula, quòd monaſterium habeatur loco filii hanc quoque triplicem limitationem habet. 1. Quòd vera ſit in ultimis voluntatibus tantùm, ſive in ſucceſſionibus, non etiam in contractibus, ut ex ſpeculat. & Baldo probat Roland. à Valle. *conſ. 93. n. 21. vol. 2. & conſ. 58. num. 60. & conſ. 59. num. 24. vol. 3.* 2. Veram eſſe regulam, dummodo monaſterium non ſit incapax bonorum, & 3. in ca-

Digitized by Google

sibus à jure expressis. Hanc limitationem tradit Parisius Cardinalis *conf. 61. n. 10. & 11 vol. 2.*

64 Altera † exceptio ab acquisitione hæc est: uxori, quam in seculo reliquit is, qui in monasterium ingreditur, seruandum est lucrum suum nuptiale, quod ex pactis dotalibus ei debebatur, si vir prior esset mortuus, *l. pen. C. de epis. & cler.*

65 Ex quo intelligimus, † casum mortis trahi ad casum monachismi, ut loquitur Cuiac. *ad N. 5.* siue ut vulgo aiunt, casum mortis verificari in monachismo. Monachus enim mortuus est mundo ut vivat Deo. Unde nonnulli etiam, novâ compositione vocabuli, se *Mori-mundanos* dici voluerunt. Sed mori seculo, & mundanas concupiscentias atque carnales mortificare; omnium illorum est, (esse certè debet) qui consepulti sunt cum Christo per baptismum in mortem: ut Apostolus loquitur *ad Rom. 6.* hoc est, omnium Christianorum commune; non autem huius vel illius monastici ordinis proprium.

66 His duabus † exceptionibus etiam aliæ tres addi possunt, quas observat apud Mart. Uran. *conf. 63. num. 5.* 1. est nisi monachus fuerit exemtus monasterio per Episcopum & præfectus alicui Ecclesiæ parochiali. Hoc enim non amplius acquirit monasterio; quippe cuius non amplius sit monachus sed Ecclesiæ, cui præfectus est. 2. nisi monachus de priori monasterio in aliud fuerit translatus. Hic enim non priori, sed posteriori acquirit. 3. nisi monachus factus sit Episcopus. Tunc enim quæ acquirit tempore Episcopatus, ea non cedunt monasterio sed Ecclesiæ Episcopali. *per can. unicum. 18. q. 1.* Plures textus &

67 autoritates videri possunt apud Uranium *d. conf. n. 5. & 6.* An autem † monachus, postquam factus est Episcopus, haberetur à regulis & statutis sui ordinis, & monasterii, de eo videri potest Covarruvias *d. rubr. de testam. part. 1. n. 26.*

68 Deinde † illud etiam, quod de testamenti factione monachis denegatâ suprà diximus, limitationem primò hanc recipit *ex N. 123. c. 38.* (unde sumpta est *Auth. si qua mulier. C. de SS. Eccls.* quæ non minus est celebris, quam altera *Auth. ingressi. eod. tit.*) nempe ut vir vel mulier intrans monasterium possit facere testamentum inter liberos, vel bona sua inter eos dividere: ita tamen, ut etiam sibi portionem, filialem ad minimum, reservet, quæ remaneat penes monasteriũ. Cum autem jure Justinianeo testamentum parentum inter liberos multa habeat singularia; ut docetur *in l. ult. C. fam. ercis. & in l. 21. hac consultissima. §. 1. C. de testam.* illis privilegiis hoc quoque addendum est, quod dixi. Secundò addiderunt & hanc limitationem: posse monachum testari ex indulgentia Papali. Qua de re videndus est Covarruvias *ad d. rubr. de testam. fol 33. n. 47.* Sed hæc quæstio: an jure hoc fiat, dependet ex altera, *de qua supra dixi:* An scilicet Papa possit monacho concedere, ut aliqua bona propria retineat? Hoc autem diserte negat Innocentius III. *in cap 6 Ex. de statu monach.* Quo posito non poterit etiam testamenti factionem illi concedere. Nam quadere testabitur, qui nihil

69 proprii habet? ut ita hæc exceptio apud me valdè sit dubia. Notanda † est etiam hîc mutatio juris *ex Nov. 5. Leonis*: per quam constitutum est, ut monachus possit testari de bonis posteà quæsitis: idque vel exasse, si quid contulerit monasterio: vel si nihil intulerit, in bessem, monasterio relicto tuente. Usque adeò

nihil.

ed by Google

nihil ferè est stabile in legibus, & quod unus Imperator constituit, alter sæpè evertit. Quod modò erat illicitum, id mox fit licitum, & contrà. De qua legum & rerum humanarum conditione, quæ Euripo est similis, suprà dixi *in prolegomenis.*

Deinceps videamus de aliis quibusdam, quæ monachis vel permissa sint, vel prohibita. Possunt † igitur monachi aliis locare prædia monasterii, necà 70
locatione tali recedendum est: ut docet Parisius *consil. 98. numer. 2. & 11. volum. 4.*
De † aliis verò contractibus a monacho factis an & quatenus valeant, videa- 71
tur Tiraquell. *d. l. 69. connub. gl. 8. n. 82.* Possunt † etiam monachi esse arbitra- 72
tores ubi agitur de interesse sui monasterii, & imperante abbate; ut docet Ph. Decius *consil. 499. n. 1.* ex specul. & Baldo. Sed Fratres minores sive Franciscani non possunt: *ut ibid. num. 1. & 2.* An † autem monachus possit produci testis 73
contra monasterium suum: de eo videndus est Modest. Pistor. *consil. 7. n. 32. vol. 1. & cap. in super. Ext. de testibus.*

Sequitur nobilissima illa quæstio: *an † monachus in judicio esse possit, sive ju-* 74
dicialiter agere sine licentia sui abbatis? Quod regulariter negatur: exceptiones tamen videre licet apud Mart. Uran. *consi. 22. num. 2. 3. 4. 5.* & apud Paris. Cardinal *consil. 16. vol. 2. num. 100.* Possunt etiam (quod mirari liceat) monachi agere contra prælatum suum, si vel non Canonicè seu legitimè ad eam prælaturam pervenerit, vel si malè versetur in eius administratione. Videatur idé Uranius *cons. 75. n. 45. & duob. seqq. tom 2.*

Præterea † notandum est de competente judice monachorum, sicut & cle- 75
ricorum. Quod constituitur à Justin. *Nov 79. & Nov. 83. & quibusdam etiam locis Nov 123.* Summa hæc est: Olim quidem monachos & moniales, sicut & clericos, potuisse conveniri coram judice, ut loquimur, seculari verbi gratia in provinciis apud præsidem: in urbe apud præfectum prætorio & in jus vocatos coactos venire. *l. omnes. C. de episc. & cler.* quamvis volente actore etiam coràm Episcopo Diœcesano cõveniri possent *l. decernimus. C. de episc. audient. & l. cum clericis 22. C. de ep. sc. & clericis.* Sed Justinianus constituit, ut non possint conveniri neq; monachi neque clerici, nisi coram Episcopo: eiusque arbitrio vel ipsi respondere debent per se vel per antistitem, id est, abbatem, vel Episcopum suum; vel per actorem sive syndicum, qui etiam *Apocrisiarius* dicitur. Huic constitutioni subiicitur sanctio. Nam judices, qui hanc legem Justiniani non observaverint, coercentur mulctâ: executores quoque, carcere, si monachum vel clericum vocaverint ad judicem incompetentem, id est, non ad Episcopum, sed ad judicem civilem. De modo procedendi coram Episcopo constituit Justinianus, ut lis celerrimè expediatur, sine sumtu, & sine scriptura solenni. Nam neque libellus solennis intervenit, neque (ut aliàs solet) sententia recitatur ex breviculo sive periculo *t. e. C. de sent. ex pericul. recit.* Ratio est, ne scilicet monachi aut clerici longis ambagibus & prolixâ telâ litis avocentur à cultu divino: cui unicè devoti esse debent atque dedicati. Si tamen Episcopus vel nolit, vel non possit judicare de causa ad se delata: tunc demum apud judicem civilem lis agenda est, quasi in subsidium. Atque hæc ita sunt, si causa sit pecuniaria sive civilis.

76 civilis. Sin autem † criminaliter agatur, ita distinguendum est: Crimen à monacho clericóve commissum aut est commune, aut Ecclesiasticum. Commune est verbi gratia homicidium, adulterium, furtum &c. Ecclesiasticum verbi gratia sacrilegium, ambitus, id est, largitio. si monachus aut clericus ordinem suũ pecuniâ illicitè adeptus fuerit, ad quem gratis adspirare debuerat, quod crimen Simoniæ speciali nomine appellatur, de qua vide Jul. Clar. *lib. 5 sent. §. simonia.* & Jod. Damhouder: *in pax. rer. crim.* & de eius nomine atque origine dicam plenius *infra cap. prox.* Item, si contumaciam admiserit adversus Episcopum vel Abbatem. In priori genere judex competens erit civilis sive secularis, qui causam disceptabit & finiet intra menses duos, & exequetur sententiam hoc ordine ut prius curet clericum regradari. Semper enim ista censura Ecclesiasticæ regradationis, de qua & suprà dixi, præcedere debet in clerico, ut possit à seculari magistratu debitâ pœnâ affici. Ratio est: ne, si absque regradatione puniretur, ipsa quodammodò Religio violata existimaretur. De posteriori genere, id est, Ecclesiastico crimine disceptatio ad Episcopum pertinebit, tanquam ad judicem competentem. Videatur de his omnibus etiam D. Cujacius *ad Nov. 79.*

77 Illud † quoque observandum, monasteria pertinere ad Episcopum loci, quem vocant *Diœcesanum*, à διοικήσει scilicet: nisi fortè monasterium probetur exemtum privilegio speciali, vel consuetudine memoriam hominum excedẽti. Videatur Modest. Pistor. *consil. 54. n. 3. vol. 1.* & Johan. Fichardus *consil. pen. nu. 1. vol. 1.* & Parisius *consil. 22. n. 4 & consil. 95. n. 2. vol. 4.*

78 Ad extremum † quæri solet maximè à Canonistis, *An statuto possit caveri, ne monasterium ingressus retineat jura successionum?* Qua de re videatur Covarruv.

79 *tom. 1. fol. 335. n. 5.* Ascendamus † etiam altius & quæramus, *An magistratus secularis possit constitutiones aliquas facere, quæ monasteriis & monachis adversentur?* Equidem sic existimo, nihil prohibere, quò minus possint illi, qui leges condendi potestatem habent, tale aliquid constituere, verbi gratia si nimis multiplicari viderit magistratus examina monachorum & quasi greges, qui orbi terratum incipiant esse vel graves, vel etiam formidabiles: aut si animadvertat magistratus, bona civium nimis multa confluere ad monasteria: unde necesse sit, reliquos cives facultatibus exhauriri, adeoque remp. nervis suis quasi sanguine destitui. His inquam casibus videtur magistratus rectè facere atq; ordine si in tempore provideat, ne quid Resp. prætextu religionis capiat detrimenti si inquam nimiam illam multiplicationem vel monasteriorum vel monachorum seu religiosorum, & bonorum monasticorum & oneribus civilibus exemtorum, suis constitutionibus coerceat. Hanc sententiam probare possum multis exemplis, etiam veterum Imperatorum, ut Theodosii, & Valentiniani & Arcadii quos constat aliquando promulgasse constitutionem quâ monachis interdicerent urbibus, eosque juberent sequi loca deserta, & vastas solitudines ibique habitare: qua de re extat *l. 1. C. Theod. de monachis. lib. 16. tit. 3.* Tametsi iidem Impp postea eosdem quasi in integrum restituerint permissâ facultate in urbes redeundi, ut est *in l. 2. eo. tit.* Sic suprà laudavi Imperatorẽ Mauritium,

qui

qui prohibuit ſuâ conſtitutione milites fieri monachos, ne videlicet militiæ muneribus eſſent obnoxii. Sic Nicephorus Phocas repreſſit immane ſtudium hominum circa conſtructionem monaſteriorum; & juſſit conſtructorum curam agi, eaque ſarta tecta conſervari; non autem nova extrui (cui ſimile eſt, quod de ſynagogis Judæorum cavetur, *ſub tit. C. de Judæis*, ne liceat ipſis novas fabricare ſynagogas, ſed tantùm veteres reficere.) Adiecit etiam idem Imp. Nicephorus, ne quid amplius bonorum acquirere ſibi poſſint, vel monaſteria, vel Eccleſiæ. Quod exemplum, ut & Friderici II. *hîc* allegat Cujacius *ſub finem Nov. 5.* Et teſtatur de Gallis ſuis, quòd eodem ferè jure utantur. Cui addo Joan. Papponium *lib. 21. arreſt. 1. §. 1.* qui teſtatur ita judicatum eſſe; quòd monachiſmſi profeſſi moribus Gallorum non ſuccedant, nec in linea recta, nec in collaterali. Quod etiam Gothofredus annotat ad Schneidw. *tit. Inſt. quibus mod. jus pat. poteſt. ſolvitur* Addo quoque, idem ante Papponium & Gothofredum atteſtantes de Galliæ moribus Maſuerium *in Pract. tit. de ſucceſſionib.* & Barthol. Caſſanæum *in conſuetudine Burgund. tit. de ſucceſſ. §. 14.* necnon Johan. Imbertum *in Enchiridio Juris Galliæ. verb. monachus profeſſus.* Ubi ſimul reſpondetur ad objectionem; quæ eſt, videri hac ratione detrahi libertati Eccleſiaſticæ Quę omnia tantò magis obſervari debent, quantò acriùs nuperrimè hac de re decertatum fuit inter ſereniſſ. Remp. Venetam & Pontificem. De qua controverſia extant eruditiſſima ſcripta: inter quæ excellunt ea, quæ fecit Paulus Servita, qui ob hanc ipſam fidelitatem Reip. ſuæ præſtitam in diſcrimen capitis quoque à ſicariis quibusdam ſuperioris anni menſe octobri vocatus eſt.

De multitudine † quoque monaſteriorum & derivatione bonorum ad illa 80
nimis cumulatè facta, indeque ſecutis incommodis, quæ in Remp. redundârunt, jam olim ante annos fere ducentos graviſſimè conqueſtus eſt. inſignis Practicus Johan. Petr Ferrarienſis, *in forma libelli, quo agitur ex ſubſtitutione, in verbis: ex ſuo corpore.* Unde operæ precium eſt, hæc enotare: *Imperatores conceſſerunt privilegium, ut bona ingredientium monaſteria applicarentur ipſis monaſteriis: propter quod privilegium multiplicata ſunt & fundata monaſteria infinita, per univerſum orbem: olim causâ devotionis; licet hodiè cauſa rapinæ & avaritiæ: in tantùm, quòd deſtruxerunt hodiè mundum, & annihilaverunt ſtatum Imperii & omnium laicorum. Poſſunt ergò dici meritò illa loca, facta vel fienda, retia contexta ad capiendæ laicorum bona.* Hæc Ferrarienſis. Et mirum eſt ſanè, ipſos Pontifices non meliùs obſervaſſe ſuam ipſorum conſtitutionem de novis religionibus ſive ordinibus monachorum non introducendis. Eſt enim memorabile cumprimis, quod in illo celeberrimo concilio Lateranenſi, quod habitum eſt ſub Innocentio III. ſtatutum eſt, *ne quis de cætero novam religionem inveniat: ſed quicunque ad religionem converti* (id eſt, monachus fieri vel monialis) *voluerit, unam de approbatis aſſumat: Similiter qui religioſam domum de novo fundare voluerit, is regulam & inſtitutionem accipiat de approbatis, ſive de illis, quæ iam ſunt receptæ.* Additur quoque ratio prohibitionis: ne nimia diverſitas religionem gravem confuſionem inducat in Eccleſiam Dei. Videatur *cap. ult. Ex. de relig. dom.* ubi hic canon refertur ex concilio: quem malè obſervatum eſſe, res ipſa loquitur. Nam poſt Innocen-

tium III. qui vixit anno domini 1198. multi certè novi ordines monachorum excogitati sunt etiam avorum & patrum, adeoque & nostra ferè memoria.

81 Restat † ultimum membrum hujus capitis scilicet de pœna monachi desertoris & transfugæ. Aliter ergo punitur monachus desertor à Justiniano, & aliter à Leone Imperatore. A Justiniano quoque non uno modò. Nam ex *Nov.* 5. addicitur cohorti præsidis provinciæ, sive cohortalis fieri jubetur. Quæ etiam clerici desertoris pœna est *Nov.* 6. Ex *Nov.* 123. c. 42. is demum addicitur cohorti præsidis, qui bis factus est desertor. Nam qui semel tantùm, is monasterio suo redditur. Sed Leo Imper. *Nov.* 8. voluit monachum talem semper restitui suo monasterio, sive semel, sive bis, vel etiam sæpius suam deseruerit stationem:

82 Nunquam vero deputari cohorti. Possent † quidem & alia plura de monachis afferri, sed modus servandus est. Neque enim animus est plenum de hoc genere tractatum proponere. Plura qui desiderat, is adeat speculatorem, *in ti. d. stat. monach.* De translatione † vero monasteriorum extat integrum respon-

83 sum Dn. Mynsingeri *resp.* 93. De eo † deniq; qui monialem constuprat, quàm multiplex scelus is committat, videnda est Glossa Juris Canonici *in can.* 14. *virginibus c.* 27. *q.* 1. Quam & Phil. Decius laudat *consil.* 306. *n.* 3. *& consilio* 579. *nu.* 5. Ait autem committere. 1. incestum. 2. sacrilegium. 3. Adulterium.

CAP. VIII.

De Episcopis, Presbyteris, Diaconis, (Cyprian. & alii vett. Diaconibus) & aliis clericis. Ad Novel. 6. 123. 131. 137.

SUMMARIA.

1 *Cur post monachos de Episcopis agendum.*
2 *Optati Milevitani loci duo, de ordine hierarchiæ Ecclesiasticæ.*
3 *Ignatii loci duo de eadem re.*
4 *Biblici loci, de eadem re, remissivè.*
5 Presbyteri olim iidem cum Episcopis.
6 *Distinctio inter presbyteros & episcopos cur introducta.*
7 *Notatio verbi* Episcopus.
8 *Episcopi verbum etiam extra Ecclesiam usurpatum.*
9 *De Ecclesiastica vocabuli significatione, locus Augustini.*
10 Superintendens, Episcopus, Inspector, Speculator; *Synonima.*
11 *Origo & occasio horum nominum.*
12 *Notatio verbi* Presbyter.
13 *Diversi Episcoporum gradus.*
14 *De patriarchis: & sedibus patriarchalibus.*
15 *Archipresbyteri, & Archidiaconi.*
16 *Propositio & partitio tractationis de Episcopis.*
17 *Prima pars: de requisitis Episcopi ordinandi.*
18 *Episcopus sit irreprehensibilis.*
19 *Episcopus ex clero, vel ex monasterio, non ex laicis, assumatur: & quare, ac quatenus.*
20 *Episcopus non sit curialis.*
21 *Curiales non poterant esse Episcopi, nec clerici: poterant tamen esse monachi: & cur?*
22 *Curiales quomodo curiâ liberentur.*
23 *Olim Episcopi ex curialibus sumi poterant.*
24 *Curiarum & curialium usus obsolevit.*
25 *Episcopus sit cælebs & orbus.*
26 *Orbitatis requisitum improbatum ab Imp. Leone.*
27 *Cælibatus requisitum repudiatum à Leone, & veteri Ecclesiâ.*
28 *Contra cælibatum & virginitatis necessitatem.*
29 *Secunda tractationis de Episcopis pars: de modo seu ritu ordinationis Episcoporum.*
30 *Ambitus & simonia cavenda in ordinatione.*
31 *De Simonis magi pravitate, & exitu, remissivè.*
32 *Simonia à Simone Mago dicta.*
33 *Simoniaci in præceptum Christi, & leges civiles peccant.*
34 *Pœna*

Digitized by Google

34 Pœna Simoniæ, & largitionis propter ordinationem.
35 Exceptiones quinque.
36 Ordinandus publicè ſiſtatur in Eccleſiâ, ut locus ſit contradictioni.
37 Mos hic unde manârit.
38 Calumnioſè contradicentis pœna.
39 Ordinandus publicè confiteatur ſe habere & præſiturum ea quæ à ſe requiruntur.
40 De cæremoniis & ritibus ſolemnibus ordinationis, remiſſivè.
41 Tertia tractationis pars: de vi & effectu ordinationis Epiſcopalis.
42 Epiſcopatus à patria poteſtate liberat: etiam citra conſenſum patris.
43 Teſtandi ius quatenus Epiſcopo competat.
44 Nobilis quæſtio.
45 Epiſcopus ordinatus conſequitur iurisdictionem in clericos & monachos ſuæ diœceſi ſubiectos: niſi hi exemptionem probaverint.
46 Quatenus in laicos iurisdictionem habeat Epiſcopus.
47 Audientia, non Iurisdictio, olim Epiſcopis tributa: & cur?
48 Pariſius Apoſtolos principes terræ fuiſſe, tradit Perperam.
49 Pariſius Epiſcopos quosvis Papæ eſſe pares dignitate & poteſtate, tradit.
50 Epiſcopi hodierni maximè in Germaniâ, plerunq; ſunt principes.
51 Quarta tractationis pars: de officio Epiſcopi.
52 Officia Epiſcopi alia communia, alia propria.
53 Communia Epiſcopi officia.
54 Spectacula theatrica, & ludi circenſes, Epiſcopis & Chriſtianis omnibus vitandi.
55 Propria Epiſcopi officia.
56 I. Lex: Epiſcopus quisque in ſuâ Eccleſiâ reſideto.
57 Plurium Eccleſiarum quis eſſe Epiſcopus poteſt: non iure, ſed moribus.
58 II. Lex: Epiſcopus à ſuâ Eccleſiâ ultra annum ne abeſto.
59 III. Lex: Epiſcopus ad comitatum principis ſine literis commendatitiis ne accedito.
60 IV. Lex: Epiſcopus litium causâ Eccleſiam ne relinquito.
61 V. Lex: Epiſcopus quotannis ſynodum habeto.
62 Vitium interpretationis Vulgatæ in Novel. 123 cap. 10. de duobus conventibus in anno habendis.
63 Viſitationes ſuperintendentium.
64 Capitula generalia.
65 VI. Lex: Epiſcopus nullam ſecum mulierem habeto.
66 Vitioſa inſcriptio Authen. Epiſcop. C. de Epiſc. & cler.
67 Differentia inter Epiſcopum & clericos, quoad mulierum cohabitationem.
68 Lex 19. C. de Epiſcop. & cler. per Nov. 123. correcta.
69 Qua honeſtos laicos non decent, multò minùs decent clericos.
70 VII. Lex: Epiſcopus nullam cuiuscunq; perſonæ tutelam aut curam ſuſcipito.
71 Quomodò Iuſtinianus l. generaliter. 52. C. de Epiſcop & cler. per Nov. 123. correxerit.
72 Presbyter, vel diaconus, tutor legitimus eſſe poteſt teſtamento, vel à magiſtratu, dari non poteſt.
73 IIX. Lex: Epiſcopus clericis ſuis, & contra eos alios, ius reddito.
74 IX. Lex: Epiſcopus pro alio ne fideiubeto: colonus publicanus, aut ſuſceptor fiſcalium functionum, item procurator alienarum litium ne eſto.
75 X. Lex: Epiſcopus ante legitimam cauſæ cognitionem neminem excommunicato.
76 XI. Lex: Epiſcopus denominatum ſibi clericum idoneum confirmato: omiſſâ nominatione ipſe quem maximè idoneum exiſtimaverit, ordinari procurato.
77 De iure Patronatus.
78 XII. Lex: Epiſcopus curato ut pia legata executioni mandentur.
79 XIII. Lex: Epiſcopus ad Iudicem ſecularem, aut militarem, in quacunque cauſa invitus ne pertrahitor, ſine iuſſione principis.
80 Gradus mutati iuris, de clericis coram iudice ſeculari conſtituendis.
81 XIV. Lex: Epiſcopus ad dicendum teſtimonium invitus in iudicium ne pertrahitor.
82 XV. Lex: Epiſcopus iurare corporaliter tactis SS. Evangeliis, non cogitor.
83 XVI. Lex: Epiſcopus ſportulas dare in iudicio ne cogitor.
84 XVII. Lex: Epiſcopus ſatisdare non compellitor.
85 XVIII. Lex: Iniuria facta Epiſcopo, ſacra operanti, crimen publicum eſto.
86 XIX. Lex: Epiſcopus familiares honeſtos habeto: damna, ſi qua per officiales eius data ſint reſtituito.
87 Epiſcopus non eſt rerum Eccleſiæ dominus, ſed tantùm adminiſtrator.
88 An, & quatenus, epiſcopo defuncto ſuccedant:

proximi eius cognati, vel Ecclesia.
89 An, & quatenus, Episcopus possit bona Ecclesiæ suæ in feudum dare.
90 Episcopus & clerici de propriis bonis se sustentare non coguntur.
91 An Episcopus per alium expedire officium suum possit?
92 Moribus receptum, ut Episcopus habeat vicarium, suffraganeum, coadiutorem.
93 An Episcopus sive consensu capituli prebendas conferre possit?
94 Episcopo mortuo capitulum interim vices illius sustinet.
95 An Episcopus possit etiam laico, iudici committere causas civiles, quarum ipse alias, iudex esset?
96 An Episcopus ex contractu sui antecessoris obligetur?
97 An Episcopus cogatur solvere æs alienum ab antecessore contractum?
98 An Episcopus transigere possit de bonis Ecclesiæ non incorporatis?
99 An Episcopus simul etiam canonicus in eadē Ecclesia esse possit?
100 An Episcopus exercere possit officium Archidiaconi?
101 Si Episcopus concurrat cum archiepiscopo in visitatione alicuius Ecclesiæ, uter alteri cedere debeat?
102 An Episcopus, vel alius clericus, cogatur respondere coram iudice laico in reconventione.
103 An Episcopus possit aliquem ob iniuriam sua personæ illatam excommunicare? & an remittere possit iniuriam factam Ecclesiæ?
104 Pluribus ex dissensione patronorum, præsentatis, quem ordinem debeat Episcopus?
105 An Episcopus removeri possit ab Ecclesia?
106 Quinta pars tractationis de Episcopis: de competente iudice Episcopi: remissive.
107 Sexta & postrema pars tractationis de Episcopis: De Comparatione sacerdotii & Imperij.
108 De iure utriusq; potestatis, remissive.
109 Dignitas sacerdotij & episcopalis omnium maxima.
110 Elogiis sacerdotii non abutendum, ad alienam potestatem invadendam, aut contemnendum magistratum politicum.
111 Contra Pontifices auctoritatem suam supra Regiam & Cæsaream potestatem extollentes.
112 De famosa illa donatione Constantini, remissive.
113 Transitio ab Episcopis ad Presbyteros, diaconos, & alios clericos.
114 Varij gradus & ordines clericorum.
115 Differentia quinq; inter Episcopos & cæteros clericos.
116 De pœna clericorum si desertores fiant, aut falsum testimonium dicant, remissive.
117 De diaconissis.
118 De aliis personis, quæ, licet clericorum ordini non annumerentur, tamen inserviunt Ecclesiis, aliisq; locis venerabilibus.

---

1 MEritò † post Monachos tractandum est de Episcopis Ordinis huius
atio iam satis intelligitur ex iis quæ ad capitis præcedentis initium
rdicta sunt.

2 Initio † autem notetur, quod ait Optatus Milevitanus *lib. 2. a versus Parmenianum: certa membra sua habet Ecclesia: Episcopos, presbyteros, d iconos, ministros & turbam fidelium*: Idem *lib. 1. p. 16.* ordinem hierarchiæ Eccle-
si sticæ ad hunc modum recenset. 1. *Episcopos* ponit tanquam apices, ut vocat, & principes omnium. 2. *presbyteros*, quos dicit in secundo sacerdotio constitutos. 3. *Diaconos* in tertio. 4. ponit *ministros plurimos*. Etsi enim diaconi quoque à ministrando Διάκονοι dicti sunt: tamen *hoc loco & d. lib. 2.* Optatus *ministrorum* vocabulo latiùs utens comprehendit cæteras personas Ecclesiasticas, quæ sunt infra diaconos: verbi gratia hypodiaconos. Cantores sive psalmistas, lectores. Acoluthos, &c. de quibus *in rubr. & tit. C. de Episc. & cler. & c. 5.* collocat *Laicos*, qui nulla dignitate (in Ecclesia quidem) suffulti sunt; & hos *d. l. 2.*
3 turbam fidelium appellat. Huic † ferè geminam & germanam catenam au-

ream

ream nectit Ignatius *epist.7.ad Smyrnenses: Omnia à vobis bono ordine perficiantur in Christo: Laici diaconis subordinentur: diaconi presbyteris: presbyteri Episcopo: Episcopus Christo, sicut ipse patri.* Cui non absimilis locus est, apud eundem, *epistol.2. ad Trallianos.* Imò etiam † in Actis Apostolorum & epistolis Pauli & Petri, 4
nominantur *Episcopi, presbyteri & diacons.*

Etsi autem † hîc ab *Episcopis presbyteros* discernimus: tamen sciendum est, 5
olim eosdem fuisse: & promiscuè dictos nunc *presbyteros* nunc *Episcopos*: ut manifestum est ex collatione vel horum locorum *cap.1.in epist.ad Titum vers.5.& 7. prior.epist.ad Timoth.3.vers.1.& 2.Actor.14.v.23.& 20.v.17.& 28.* ubi cum Paulus gravissimam orationem instituisset ad presbyteros Ecclesiæ Ephesinæ, quos Miletum accersiverat valedicendi causa (*Maiores natu* appellat vetus Interpres Bibliorum) ait ipsos à Spiritu sancto constitutos esse Episcopos gregis universi ad regendam Ecclesiam Dei. Similiter Petrus *1.epist.cap.5.v 1. presbyteros* appellat, qui erant Episcopi (quos & alio nomine *Pastores* vocat; exemplo Pauli *Ephes 5.v.11.*) & se eorum *sympresbyterum*, sive *conseniorem*; ut vetus Interpres vertit.

Posteà verò † facta est inter Episcopos & presbyteros distinctio: idque in 6
remedium schismatis, ut vult S. Hieronymus *in comm. epistolæ ad Titum.* Cuius locum & phil. Mornæus adducit *in tract.de Eccles.* & Johan. Drusius *lib.4.observat &c.*

Origines † harum vocum, sive etymologias, si investigemus: *Episcopi* qui- 7
dem, sicut & *ephori*, ab inspiciendo sive speculando acceperunt nomen: quo videlicet officii sui admoneantur: quasi qui super specula constituti sunt, ad providendum & cavendum ne quid Ecclesia capiat detrimenti, vel in doctrina, vel in moribus: quasi dicat, Aufſehen. Nec tantum † in Ecclesia, sed etiam ex- 8
tra sane, istius vocabuli usus fuit. Nam & Cicero scribit *ad Attic.lib.7.epistol.11.* se à Pompeio datum esse episcopum oræ Campanæ & maritimæ: ad quem delectus & negotii summa referretur. Sic Arcadius Jurisconsultus *in l. ult.§. 7. irenarchæ.ver.item Episcopi.ff.de muner.& honoribus*, scribit: eos propriè dici Episcopos, qui præsunt pani & ceteris rebus venalibus, quæ civitatum populis ob quotidianum victum necessaria sunt: eorumque munus annumerat personalibus, non patrimonialibus. Sic *Cic.lib.14 ad Att.epist.18.* dixit *phaselum episcopium conscendere*; id est, navem exploratoriam seu speculatricem. Ad Ecclesiasticam † vero significationem vocabuli pertinet locus Augustini *lib.19.de civit. Dei.c.* 9
19. qui citatur *in can.11.qui Episcopatum.c.8.q.1. Episcopatus nomen*, inquit, *est oneris non honoris. Græcum est enim, atque inde ductum vocabulum, quod ille, qui præficitur, eis quibus præficitur, superintendit, curam eorum scilicet gerens. Ἐπὶ quippe super σκοπὸς intentio est. Ergo ἐπισκοπεῖν, si velimus, Latinè superintendere possumus dicere: ut intelligat non se esse Episcopum, qui præesse dilexerit, non prodesse.* Hæc Augustinus. Atque † inde in hodierno quoque usu loquendi remansit *Superinten-* 10
dentis nomen, quod in reformatis Ecclesiis ferè usitatius est, quam Episcopi: tametsi quibusdam locis magis frequentetur *Inspectoris* vocabulum: sed hæc tria eandem rem significant, *Episcopus, superintendens* & *Inspector*, quem & *speculato-*

11 *rem* dicere possimus. Nec † dubium apud me ullum est, quin primi impositores horum nominum respexerint ad geminum locum Ezechielis *cap. 3. v. 17. & c. 33. v. 7.* ubi Deus ad Prophetam, & sub eius persona ad quos vis adeò pastores: *Fili hominis*, inquit, *speculatorem dedi te domui Israël: & audiens ex ore meo sermonem annunciabis eis ex me.*

12 Ad † *presbyteri* nomen quod attinet, hoc à senectute derivatum est: quasi dicat, *seniorem*. Quanquam etiam legationis significatio in hoc vocabulo inesse videtur. Nam πρεσβεία nihil aliud est, quàm legatio. Sed plerique ut dixi, potiùs à senectute deducunt. Quanquam enim etiam adolescentes, & juvenes aliquando ob excellentiam donorum eligi possunt Episcopi & Presbyteri (quo pertinet exemplum Timothei, ad quem scribit Paulus, qui eum ordinaverat Episcopum cum impositione manuum presbyterii: *ut est 1. Timoth. 4 v 14. nemo adolescentiam tuam contemnat. d. c. 4. v. 12.*) tamen, quia ut plurimum eligi, crearique solebant seniores; ex eo quod ut plurimum fiebat, denominatio sumpta est potiùs, quàm ex eo, quod ratiùs: *arg. l. 10. quæritur. ff. de statu hom. & Cicer. 5. de finibus.* Nam & aliàs ad id referuntur leges, quod ut plurimum fit; insuper habentes, quod rarò; ut Jurisconsulti ex Theophrasto scripserunt.

13 Non † tantum autem posteriùs separati sunt Episcopi à Presbyteris: sed etiam ipsorum inter se Episcoporum constituti quidam gradus: Alii namque sunt *Patriarchæ* alii *Archiepiscopi*, qui & *Primates*: alii *Metropolitani* (unde Albert. Crantzius, cum de Episcopis & Episcopatibus præclarum opus scriberet,
14 titulum ei fecit *Metropolin*) alii denique simpliciter *Episcopi*. Ad † *Patriarchas* quod attinet, etsi *in cap. 23. antiqua. Ex. de privileg. & excessibus*, itemque *cap. 3. Ex. de electione*, quatuor tantùm sedes Patriarchales enumerantur ordine post Romanam Ecclesiam, (Quæ ordinariæ potestatis, quem vocat, Principatum obtinere vult, super omnes alias, tanquam mater & Magistra universorũ Christi fidelium) nimirum ut primum locum habeat Constantinopolitana, secundum Alexandrina: tertium Antiochena: quartum Hierosolymitana: posteà tamen plures etiam patriarchales sedes accesserunt: sicut hodiè sub ditione Veneta nobilissimus est Patriarcha Aquilegiensis: ut nunc alios taceam: ut item nihil dicam de *Cardinalibus*, qui *fratres Papæ* appellari solent. De quibus nihil
15 novit vetus illa & purior Ecclesia: nihil etiam Justinianus noster Præterea † à simplicibus presbyteris etiam distinxerunt *Archipresbyteros*, architecti istius hierarchiæ: sicut à Diaconis *Archidiaconos*, qui scilicet in ordine vel presbyterorum, vel diaconorum, si plures essent principem locum tenerent; ob industriam præcipuam cæteris præpositi: ut ex Hieronymo & Sidonio Apollinari observavit Cujacius *ad Nov 123.* Et de investitura Archidiaconi, itemque Archipresbyteri, legimus apud Innocentium III. *c. 12. cum olim. & cap. seq. Ex. de sentent. & re judicat.* Et ibi Cujacius. *Investituram* vocabulo feudistico appellat ipsam ordinationem.

16 His † ita præmissis, ut de Episcopis ordine præcedat tractatio nostra hæc potissimum capita explicabimus. I. Quæ consideranda sint circa personam ejus qui Episcopus eligi debet: vulgò *Requisita* vocant. II. Quæ circa modum

Digitized by Google

eligendi. III. De effectu Episcopatus: ubi etiam dicam de Jure testandi, quatenus id competat Episcopo. IV. Quæ præcipuæ sint partes officii Episcopalis. V. Quis sit Episcopi competens judex. VI. Quia Accursius & Bartolus *ad Nov. 6.* ubi initio Imperator ait, utramque dignitatem tàm sacerdotii, quàm Imperii à Deo ordinatam esse, movent quæstionem illam de donatione Constantini Imperatoris, quam Papæ factam volunt, indicabo qui ex professo hoc argumentum tractaverint.

Primum † igitur requisita Episcopi eligendi hæc præcipua reperio. I. ut 17
† Episcopus eligendus sit irreprehensibilis & inculpatæ vitæ, & bonum habeat 18
testimonium, ut Johan. *hic in summa Nov. 6.* Quod sumptum est ex præcepto Apostoli Pauli. II. Ut † Episcopus non ex plebe assumatur, sive ex laicis; sed 19
vel ex clero, vel ex monasterio. Ratio est: ne si heri laicus, hodiè subitò appareat Episcopus, vel sacerdos ex eo evilescat sacerdotalis, vel Episcopalis dignitas, ac veneratio: quam summam esse apud omnes interest religionis: (unde etiam Imperator ipse nûquam ferè sine honoris ampliſſimi præfatione appellat Episcopos, nunc *Deo amabiles*, nunc *sanctissimos* nominans) Deinde cum aliàs quoque ad honores gradatim ascendendum sit, & à minoribus ad majores perveniendum, non autem per saltus quasi grassandum *l. 1. ut gradatim. ff. de muner. & honorib.* quidni eadem ratio etiam in Ecclesiasticis muneribus observetur? Sed ne quis putet, laicos omninò ab omni spe Episcopatus consequendi exclusos esse, Imperator hanc addit limitationem: ut si quis inter laicos tanto muneri, quo nullum est magis arduum, (cum regimen animarum sit ars artium, quod pulchrè & verè dixit Gregorius Magnus,) par & idoneus esse videatur, is prius in clericorum numerum referatur & inter clericos per sex menses versatur. *N. 6.* Quod tempus posteà coarctavit Imperator & trimestre fecit, *in N. 123.* Per illam enim conversationem cum clericis, vel semestrem, vel trimestrem, paulatim laicus ad altiorem illum gradum dignitatis Episcopalis præparabitur: & minus scandali præbebit, quàm si derepentè ex media turba laicorum sacerdos prodiisset: cum in omnibus ferè rebus subita mutatio sit periculosa. Hæc contra deliria Anabaptistarum, & similium boni ordinis turbatorum, probè notanda sunt. III. Ne Episcopus † eligendus sit curialis: sive ne ex curia, sive 20
ex cohorte, Episcopus assumatur. Imò ne clerici quidem inferiores Episcopo ex hoc hominum genere ordinari possint. *Nov. 6. & Nov. 123.* Curialium multa erant onera, de quibus cùm alibi in Jure nostro explicatur, tùm *ad §. ult. Inst. de nupt.* Ubi oblatio curiæ unus est ex modis legitimandi liberos naturales. Videantur etiam Novellæ Theodosij & Valentiniani. Non † poterant igitur 21
Curiales fieri Episcopi, non poterant etiam clerici: ne videlicet subtraherentur illis oneribus civilibus cum detrimento reipub. & gravamine aliorum in quos illa onera recidissent. Monachi tamen fieri poterant: quod addendum est quatuor illis differentiis inter clericos & Monachos *supr. cap. præced.* commemoratis. Ratio cur Monachi fieri potuerint, hæc redditur à Cujacio: *ad Nov. 6.* quia monachorum nullus est honor, nullum ministerium, sive nulla dignitas: sed magna clericorum, & multò major Episcoporum. Curiales † autem li- 22
berantur

Digitized by Google

berantur curiâ, si à teneris annis, sive à novella ætate, ut cum Johanne loquar, in monasterio permansissent. Sed curiæ relinquere debebant bonorum suorum partem quartam, tribus sibi retentis, ut Johannes Summista & Cujacius *hîc* rectè annotant. Postea Justinianus hoc mutavit *Nov.123.* constituens, tùm, ut dodantem curiæ relinquat, curialis factus monachus, atque ita curiæ exemptus tùm ut post 15. annum in monasterio exactos exactos liberetur à curia: at-
21 que ita demum curia liberatus possit Episcopus creari. Anteà † verò Episcopi (sicut & presbyteri & diaconi ut item Illustres) ex curialibus assumi poterant, & curiæ muneribus per substitutos satisfacere solebant. Quod satis in-
23 dicat *l. 21. ad similitudinem. C. de episc. & cler.* Hodiè † curiarum & curialium istiusmodi usus nullus est moribus nostris: adeò ut multi etiam vix sciant, quænam fuerit veterum illorum curialium conditio. Nihil enim ferè est moribus nostris, quicum ista res possit comparari: ut proinde in his diutiùs immorari non sit operæ prætium.

24 I V. Requisitum † in persona Episcopi eligendi ex Jure Novellarum Justiniani hoc est: ut sit cælebs & orbus: id est, ut neque uxorem habeat, neque liberos. Hoc jus non solum duabus constitutionibus Græcis, quæ sub *titul. C. de episc. & cler.* olim collocatæ, hodiè desiderantur, Justinianus cavit; sed etiam repetiit *N. 6.* addita pœna tàm in eum qui ordinatus fuerit, cum esset maritus & pater, quã in ordinantem. Pœna est privatio Episcopatus. Hac in re studuit Imperator utilitati Ecclesiarum, & facultatum eius. Nam si mariti & patres ad episcopatum admitterentur, metuendum existimabat, ne talis Episcopus affectu erga uxorem & liberos, quos unicuique natura voluit esse carissimos, diriperet bona Ecclesiæ & ad privatas suas necessitudines, caritatesque transferret. Sed
25 † Leo Imperator *in Novel. 2.* hac ratione impulsiva, quæ Justinianum movit, eruditè refutata, ipsius constitutioni perpetuum indixit silentium: & contrà voluit, nemini liberos legitimos impedimento esse debere, quò minùs ad sacerdotium & episcopatum promoveatur, dummodò alias eo dignus inveniatur. Ex quo apparet hanc interdictionem Justiniani in Orientali Ecclesia non diu durasse, unde etiam disertè fatetur Innocent. III. *in cap. 6. cum olim. Ex. de cler. coniugat.* Ecclesiam orientalem non admisisse votum continentiæ in ordi-
26 nibus sacris. Idem † Leo *Nov. 3.* nec maritos arcet ab episcopatu; dummodò ante episcopatum sive sacerdotium contraxerint matrimonium. Quam ad rem etiam veteris Ecclesiæ morem allegat. Videri possunt præter Canones apostolicos multi etiam in Decreto Gratiani canones *sub dist. 26. 27. 28. 29. & 31.* Inprimis vero memorabilis est, vel propter historiam sanctissimi viri Paphnutij
27 *canon. 12. Nicea synodus. dist. 31.* Eaque † sententia multo est sanior & tutior, quàm aliorum qui votum perpetui cælibatus à sacerdotibus atque episcopis promiscuè omnibus exigunt, sive illi confidant, se promissum servare posse, sive impossibile ipsis sit servare cælibatum & castitatem. Manifesta enim & generalia sunt verba Pauli, quæ nulla se patiuntur ratione eludi: quod præstet nubere, quam uri. Sed de cœlibatu Ecclesiasticorum, consulendi sunt, cùm alii, tùm præcipuè Matt. Chemnitius & Phil. Mornæus, quos & *supra cap. præced.* laudavi.

Digitized by Google

laudavi. Equidem fateor, virginitatem & cælibatum idcirco esse aptiorem rebus divinis, & matrimonio præstabiliorem: quia minus adfert impedimentorum, quibus homo à cultu divino & exercitiis sacris animæque suæ cultura avocetur: quod satis demonstrat Paulus *1. Corinth. 7.* Cuius etiam autoritatem secuti plurimi sancti patres, virginitatem matrimonio anteposuerunt. Sed ob id promiscuè velle ab omnibus hominibus hoc exigere, ut in cœlibatu vivant, si adspirare & admitti ad clericatum, vel episcopatum aut etiam eum retinere velint, valdè est periculosum: cum non omnibus datum sit donum continentiæ, etiam Christo teste *Matth. 19. v. 11. & 12.* Ita verò extollere præstantiam virginitatis, ut præ illâ vel contemnas, vel etiam condemnes conjugium, illa & heretica est sententia, & anathemate digna. Probatur hoc ex ipso Jure Canonico *c. 3. c. 4. c. 12. dist. 30. & c. 8. dist. 31.* Dicitur ibi ex Concilio Gangrensi: *si qua mulier derelicto viro discedere voluerit, soluto vinculo conjugali nuptias condemnando, anathema sit*: Item, *si quis vel virginitatem, vel retinentiam professiu in coniugio positos per arrogantiam vituperaverit, anathema sit*: Item, *si quis nuptias in accusationem duxerit & mulierem fidelem ac religiosam cum viro suo dormientem abominandam crediderit, aut etiam accusandam, quasi non possent coniugati in regnum Dei ingredi, anathema sit.* Quibus confimilia etiam inter Canones Apostolicos legas. Atque hæc de iis, quæ in personâ episcopi eligendi potissimum requiruntur.

Secundò: quod † ad modum seu ritum ipsum ordinationis episcopi attinet: ante omnia † cavendum est ab ambitu & largitione, sive nè quis pretio aut precibus ordinetur. *Nov. 6. cap. 1. §. sed neque pecuniis. & §. & hanc.* Conferatur elegantissima & gravissima constitutio Leonis & Anthemii *in l. 31. si quenquam. C. de episc. & cler. in verb. Nemo gradum sacerdotii pretii venalitate mercetur.* Quod autem in magistratibus pretio aut largitione obtentis proprie dicitur *Ambitus t. t. ff. & C. ad L. Iul. de ambitu*: hoc in officiis Ecclesiasticis sive sacris comparandis propriè crimen *Simoniæ* appellarunt Juris Canonici conditores. Videatur, *t. t. Decretal. lib. 5. de Simoniâ. & nè aliquid pro spiritualibus exigatur, vel promittatur*: Item ferè tota *caus. 1. q. 1. in decret. Gratian.* Ubi *in cap. 28.* refertur ex Gregorio Magno Simoniacam hæresin omnium primam subrepsisse contra Ecclesiam Dei diabolicâ plantatione. Nota † est enim ex Actis Apostolorum historia Simonis Magi Samaritani, quo pacto, is, cum videret Apostolos miracula patrare per Spiritus S gratiam sibi quoque eandem gratiam ære mercari voluerit. Et de aliis impuri istius hominis monstrosissimis opinionibus ac dogmatibus videri potest etiam D. Irenæus *lib. 1. cap. 21. & lib. 2. cap. 9. & in præfat. lib. 2. & lib 3.* ubi ait, *omnes hæreticos ab hoc, tanquam progenitore suo initia sumpsisse.* De tragico etiam ipsius exitu videatur Historia Ecclesiastica Eusebii, & Sulpitius Severus *lib. 2.* Arnobius *Disput. ad vers. Gentes*, Optatus Milev. *lib. 2. ad vers. Parmen.* Mich. Beuth. *cap 3. Disceptat. Histor.* & Daniel Chamrerus *de Pontific. Oecumen.*

29 30

31

Ab hoc † igitur Simone Mago simoniæ crimen est denominatum. De quo videndus est Jul. Clarus *lib. 5. sent. §. Simonia.* & Petr. Gregorius Tholosan. *in Syntagmat. jur.* Item Joh. Petrus Lancellotus *Institut. juris canon. tit. de Simonia.*

32

M Note-

33 Notetur † hîc ſententia Leonis Magni *in epiſt. 84. Gratiâ ſi non gratis datur vel accipitur, gratia non eſt.* Quo alludere videtur ad dictum Chriſti, Matth. 10. *Gratis accepiſtis, gratis date.* In quod præceptum, ut & in leges civiles, peccant Simo-
34 niaci. Pœna † autem hæc eſt ex Novellis Juſtiniani: ut & ipſe, qui ſic ordinatur, & qui ordinat, repellatur ab Epiſcopatu, quamvis aliàs nihil in ipſo poſſit deſiderari. Deinde, ut quod dederit, acquiratur Eccleſiæ. Laicus autem & dignitatem perdit, ſi quam habuit, & duplum Eccleſiæ reſtituere jubetur. Hîc
35 † tamen velut quædam exceptiones notandæ ſunt. Nam primò non committit crimen ambitus, ſive Simoniæ is, qui bona ſua donat Eccleſiæ, intellige, cum nemini quicquam promiſiſſet ordinationis causâ. Secundò nec is, qui ſoluit *ex throniaſtica*, ſive *cathedratica*. Sic vocantur *in Nov. 123.* & à Juliano Anteceſſ. *in epitom. Novell.* nec non ab Alexand. III. P. Rom. *in cap. 9. de Eccleſiis. Ex. de cenſibus.* ea quæ dantur ab Epiſcopis pro introitu, ſive pro inſimulatione ad thronum, ſive cathedram, ſive ſedem Epiſcopalem: Vocantur etiam interdum ἐμφανιστικὰ. Videndus Cujacius *ad Nov. 6. & Nov. 56.* Sicut etiam quod novus Emphyteuta dat pro introitu & receptione ſui à quibusdam εἰσδεκτικὸν dicitur. Tertiò, non incidit in crimen ambitus vel ſimoniæ, qui diaria, id eſt alimonias præſtat ſervis eius, à quo ordinatus eſt, *Nov. 123.* Quod latiùs explicat Cujac. *Nov. 6.* &c. Quartò jus Pontificium hanc quoq; exceptionem addidit: ſi quis donaverit quidem aliquid, ſed non ex pacto. *cap. 18. etſi quæſtiones. Ex. de ſim.* Item quintam Exceptionem dummodo occultè aliquid datum ſit, *ca. 20. ex tuæ eod. t.* Nam, ut aiunt, de occultis non iudicat Eccleſia. Hîc tamen cavendum eſt ne feneſtra aperiatur fraudibus & colluſionibus.

Hoc igitur ptimum eſt, quod pertinet ad modum ordinandi epiſcopi: ut, inquam, ſit gratuitus.

36 Alterum eſt, † ut ordinandus publicè ſiſtatur in Eccleſiâ populo fidelium: ſi quis fortè ſit, qui velit contra dicere ordinationi, ob legitimum aliquod impedimentum. *d. Nov. 6. §. ſi quis autem. & §. ſi tamen is. & §. ſi vero nemo.* Fuit autem ſaluberrimum hoc inſtitutum veteris Eccleſiæ, dare locum cuilibet contradictori & accuſatori tanquam in publico crimine: & interea ſuſpendere ordina-
37 tionem, ne fortè indignus aliquis ſacerdotio obreperet. Quod † obſervavi apud Chryſoſtomum, manaſſe ex priſco illo more quo agonotheta, ſive deſignator certaminis publicè voce præconis ad populũ proclamabat de Athleta certaturo: eſsétne qui ſciret aliquod ipſius crimen, propter quod ad certamen agoniſticum, & præmia capeſſenda admitti non deberet. De quo etiam videri
38 poteſt doctiſſimus P. Faber, *in lib. agoniſt.* Quid † ergo, ſi quis contradicens calumniator fuiſſet deprehenſus? Id eſt temerè accuſaſſe, nec probaſſe crimen quod intenderat. Reſp. Huic ſacris interdicebatur, & quidem in perpetuum: & ordinatio procedebat. Rationem exprimit Imperator: *Quia ſicut bonam gloriam* (rectiùs veteres *bonam opinionem* ſive *exiſtimationem*. Nam δόξα non tantum ſignificat *gloriam*, ſed ſæpe etiam *opinionem*) *in eo, qui ordinandus eſt, quærimus: ita etiam calumniam in eo qui fruſtrà accuſavit, punimus.*

39 Tertiò † hoc quoque pertinet ad modum ordinandi, quòd jubetur quis confiteri

Digitized by Google

confiteri palàm ad populum, se habere & obſervaturum eſſe ea, quæ à ſe requiruntur, quantum ab homine præſtari poteſt. Ita fiet, ut & Dei metu & hominum reverentia Epiſcopus moveatur.

Poſſent † hîc etiam de ceremoniis & ritibus ſolennibus ordinationis ali- 40
qua afferri: ſed hæc omittentes, illud tantum monemus primitivam Eccleſiam hic uſurpaſſe pauciſſimos, eosque ſimpliciſſimos ritus: adeoque contentam fuiſſe impoſitione manuum, factâ in ordinatum, à toto presbyterio: ut diſcimus ex actis, & epiſtolis Apoſtolinis. Quo ritu etiam hodiè utimur in Eccleſiis reformatis. Alii, quaſi Magiſtri ceremoniarum, plurimas adinvenerunt ceremonias: ut χρίσματα, ſeu unctiones certarum corporis partium: pedum paſtorale, ſeu baculum incurvũ, qualis erat veterum lituus: chirothecas: annulum: mitram: & reliqua ad habitum epiſcopalem, atque ordinatum pertinentia: deniq; impoſitio ſuper altare, &c. Quæ à Romanæ Eccleſiæ ſectatoribus hodièq; obſervantur. De quibus videri poteſt ab eo cui talia cognoſcere otium & lubido eſt, Durandus *in rationali divinorum*: & alter Durandus Johan. Stephanus Tholoſanus *in lib. de ritib. Eccleſiæ Cathol.* Transeamus potius ad utiliora.

Tertium † igitur caput erat de vi & effectu ordinationis Epiſcopalis. In- 41
primis † autem hic notandum eſt, quod per Epiſcopatum filius fam. liberatur 42
nexu patriæ poteſtatis *Nov. 81. in fin.* Quod repetitur *Nov. 123. §. ſi vero contigerit.* Olim hic non erat modus tollendæ patriæ poteſtatis: ſed etiam Epiſcopus remanebat ſub ſacris paternis. *l. 34. ſacroſancta. C. de epiſc. & cler.* Cui ſubiecta eſt *Auth. ſed epiſcopalis dignitas.* ſumpta ex *d. Nov. 81.* Ratio eſt à minore ad maius. Quia ſi dignitas patritiatus eximit aliquem jure poteſtatis patriæ: id eſt, ſi quis parens principis fiat: quæ erat certa quædam dignitas temporibus Impp. Rom. quãtò magis filius fam. ſi epiſcopus fiat, liberari debet eadem poteſtate: ut ſcilicet tantò maior conſtet dignitas & veneratio ipſi quoque ſacerdotio & religioni, cui aliquid decedere videbatur, ſi filius in poteſtate remaneret: ſicut ob eandem rationem etiam conſulatus factus eſt modus tollendę patriæ poteſtatis. Videatur Schneidw. *ad §. filiuſ. Inſt. Quib. mod. ius pat. poteſt. ſolvitur.* Quæritur autem an hæc obtineant ſi invito vel ignorante patre filius ad Epiſcopatum pervenerit? Et aſſentior additioni ad Schneid. *dicto loco n. 3.* etiam eo caſu filium poteſtate liberari. Idque propter generalia verba *d. N. 81.* ubi non exigitur conſenſus patris.

Deinde, ad † effectum pertinet quæſtio de jure teſtandi, quatenus id Epi- 43
ſcopo competat. Hac de re diſertè cautum eſt utroque jure, civili pariter, & Canonico. In jure civili habemus *Nov. 131. c. 13.* In Jure Canonico extat *c. 1.* & alia nonnulla *Ex. de teſtam. & ult. volunt.* Diſtinguendum eſt inter bona: quorum alia ſunt patrimonialia ipſius Epiſcopi, quæ ante epiſcopatum habuit propria: Alia ſunt, quæ poſtea in Epiſcopatu intuitu Eccleſiæ acquiſivit. vel etiam quæ priùs fuerunt Eccleſiæ. De prioris tantum generis bonis teſtari ei permiſſum eſt. Et poteſt habere heredem, quem voluerit *dd. locis. & Pariſ. Cardin. conſ. 128. n. 19. vol. 4.* De poſterioribus non item ſed hęc in dominio Eccleſiæ remanent: nec mirum, cum nemo poſſit de bonis alienis teſtari. Ex his apparet differentia in-

Digitized by Google

ter Episcopum & Monachum. Nam, *ut præcedente capite dixi*, Monachus non
44 tantam habet testamenti faciendi licentiam. Hic † in mentem mihi venit nobilis quæstio: quam scio non ita pridem agitatam inter duos præpotentes Episcopos Germaniæ: quid sit juris, si Episcopus, qui cum in duabus Ecclesiis habuisset canonicatus & domicilium, in altera vero etiam Episcopatum, reliquerit legatum pauperibus: nec tamen expresserit, utrius loci pauperibus reliquerit: an debeatur legatum illi Ecclesiæ, in qua fuit mortuus, an vero in qua erat Episcopus: an denique legatum dividi debeat inter utramque, sive utriusque Ecclesiæ pauperes. Qua de re consultum collegium Jurisconsultorum Friburgensium respondit: dividendum esse illud legatum inter utriusque Ecclesiæ pauperes, ita tamen ut simul habeatur ratio, ex qua Ecclesia provenerint bona.

45 Tertius effectus † ordinationis episcopalis hic est: quod Episcopus consequitur jurisdictionem in clericos & monachos, commorantes in monasteriis intra suam diœcesin sitis: & possit monachos ac monasteria illa visitare. *l. 40. monasteria. C. de episc. & cler. Paris. cons. 95. n. 3. & 4 vol. 4.* Exceptio est, nisi probentur monasteria exempta esse, vel speciali privilegio, vel consuetudine immemorali, quæ habet vim constituti privilegii: ut docet Joan. Fichardus *cons. 76. n. 1. & 2. vol. 1.* Cum autem Episcopus ex ipsa ratione situs fundatam habeat intentionem adversus talia monasteria in sua diœcesi: Contrarii probatio incumbit monachis, ut doceant sua monasteria gaudere beneficio exemptionis. *Idem Pa-*
46 *ris. consil. 34. n. 1. & 2. vol. 4.* Nec † in monachos tantum & clericos suæ Ecclesiæ jurisdictionem habet Episcopus: verum etiam in laicos. In hos tamen non semper, sed quibusdam tantùm casibus & causis, verbi gratia, si laici in Episcopum consenserint: Item in executione ultimarum voluntatum, & simil. ut explicatur *ad tit. C. de episcopal. audient.*

47 Hic notandum † est, quamvis interpretes crebrò in ore habeant *jurisdictionem episcopalem*; & hanc tribuant episcopis: tamen jure Justinianeo hanc potiùs vocari *audientiam*, quam *jurisdictionem*; ut ipso vocabulo, à jurisdictione distincto, admonerentur episcopi; non habere se dominatum quendam in clerum: quo & S. Petrus ipsis interdicit: atque ut intelligerent, quantum inter suum & magistratus politici officium interesset. Si enim idem valeret audientia Episcopalis, quod jurisdictio verbi gratia prætoris, aliorumve magistratuū; quorsum opus fuisset diversa nomina uni & eidem rei imponere? quomodo loquitur in simili Imperator *in l. 7. si idem. c. de Codicill.* Neque verò episcopi vel forum habent legibus, vel apparitores, vel jus exequendi sententias à se dictas: quarum executio ad magistratum pertinet secularem. Videatur hac de re Cujac. *in parat. C. ad d. tit.* ubi & ad hoc allegat Novellam Valentiniani. Modestæ autem causa veteres usurpasse videntur vocabulum *audientiæ*, non *jurisdictionis*, ut hanc magistratui politico integram relinquerent: memores scilicet dicti Christi: principes gentium dominantur; vos autem non sic. Ac vocantur *διεξέ-*
48 *του. d. Luc. 22. v. 25.* Quò † magis miror Parisium: qui non veretur scribere *cons. 141. n. 25. vol 4. Episcopos constat, esse principes terræ. Nam in terris tenent locum Apostolo-*

Apoſtolorum. Item *Nemo dubitet, eas eſſe principes terræ, ut Apoſtoli fuerunt, ut in Act. Apoſt. legitur. Quaratione & illuſtres dici poſſunt, & in eis eſſe culmẽ dignitatum, &c.* Hactenus Pariſius. Quid eſt autem quaſi in os manifeſtè contradicere ipſi Chriſto, ſi hoc non eſt? Quis eſt negare veritatem hiſtoriæ Eccleſiaſticæ; ſi non hoc ipſum eſt? Scilicet Apoſtoli, & alii Epiſcopi primitivæ Eccleſiæ, erant principes terræ; quando per tot annos, imò & ſecula atrociſſimis perſecutionibus principum erant ſubiecti: & paſſim vel extorres agebantur, vel crudeliter mactabantur. Sed Pariſius foro ſuo ſeruiit. Quod & alii paſſim faciunt adulatores Pontificii; dum ea tribuunt Eccleſiaſticis, quæ neque ſacræ literæ; neque primitiva Eccleſia, nec Impp. Chriſtiani unquam ipſis conceſſerunt: niſi forte fictitius ille Conſtantinus in ſua donatione, quâ Satrapas fecit pontifices, *ut infra dicemus.* Illud autem † ipſe Pariſius viderit, quo pacto probet pontifici 49
Romano, quod *ibid.* ſcribit *n. 27. & ſeq.* Epiſcopos quosvis pares eſſe Papæ dignitate & poteſtate; ſicut & Petrus Cæteris Apoſtolis par fuerit honore & poteſtate. Non † equidem nego, hodiernos epiſcopos plerunque & principes 50
eſſe; maximè in Germania ſed hoc habent non tàm quà epiſcopi ſunt, quàm ex inveſtitura de temporalibus bonis à Cæſ. Majeſt. ſibi factâ. *Quæ de re in tract. feudal. agitur.* Proteſtor autem hic, me nihil de cujusquam jure Epiſcopi, aut etiam de ſtatu reipublicæ imminutum vel detractum velle. (Quod à me longè abſit.) Sed tantùm indicare, quid ſit diſcriminis inter primitivæ Eccleſiæ & noſtrorum temporum mores.

Sequitur † quartum capitis noſtri membrum de officio Epiſcopi. Ubi † ini- 51
tiò admonendum, quædam eſſe in munere epiſcopali communia cum clericorum & monachorum & quorumlibet adeò Chriſtianorum, etiam laicorum ſive idiotarum officio; quod ſacris literis cuique præſcribitur: quædam verò 52
propria.

De communibus † nihil attinet hoc loco multa dicere, verbi gratia quod 53
Epiſcopus debeat caſtè vivere. *Nov. 6. §. neque.* item quod neminem debeat percutere. *Nov. 6. §. ſed neque.* Quod ſumptum eſt ex Paulo. *1. ad Timoth.* Item quod non debeat eſſe aleator, ſive, ut vetus interpres loquitur, ad tabulas ludere. De eo enim ſuprà quoque dixi, *cap. præced.* Item, quod non debeat adire ſpectacula theatrica, item ludos circenſes, & ſimiles: quam qui exercebant lucri cauſa eos etiam prætor edicto ſuo infamiâ notavit. *l. 1. ff. de his qui not. infam.* Hoc enim † non tantùm Epiſcopo ſed etiam aliis clericis eſt interdictum. *§. interdicimus.* 54
Nov. 123. Imò S. Patres, ut Tertullianus Chryſoſtomus, Salvianus, vehementer omnes Chriſtianos dehortati ſunt à talium ſpectaculorum & ludorum ſtudio; quo prorſus immani homines flagrabant, *de quo alibi plenius dicam.* Videatur vel unicus Salvianus *lib. 6. de gubernat. Dei.* Ratio prohibitionis: quia boni mores & pudicitia per ejusmodi ſpectacula & ludos corrumpebantur, omnisque impuritas petulantia, & libido inde diſcebatur, adeoq; etiam fœdus in Baptiſmo cum Deo factum, ubi renunciavimus & diabolo, & omni pompæ diabolicæ, per ea violabatur, ut eſt apud eundem Salvianum & cæteros.

His † igitur communibus prætermiſſis, videamus propria: quæ ab epiſco- 55

Digitized by Google

po, quà episcopus est, exiguntur. Colligam ea breviter ex Novellis & in legum formam redigam, additis etiam ad singulas rationibus. Sunt autem quædam harum legum imperativæ, quædam prohibitivæ: Sicut & officia episcopi partim in faciendo, partim in non faciendo consistunt. Quod deinceps apparebit.

56 Prima † lex sit: *Episcopus in sua quisque Ecclesia resideto. N. 67. c. 3.* Ratio est, ut tanto rectiùs suo munere fungi possit: néve si aliter faciat, videatur esse ἀλλοτριεπίσκοπος, quod vetat etiam S. Petrus. Quò pertinet, quòd in jure civili dicitur culpa esse, si quis immisceat se rei ad se non pertinenti. Videatur & *l. consulta. 23. C. de testam. & l. 41. repetita. C. de episc. & cler.* Quæritur hic: an

57 † plurium Ecclesiarum simul possit quis esse Episcopus? Resp. Sius spectes, non posse, sicut nec Abbas duorũ monasteriorum unus esse potest: ut est *l. 40. monasteria. §. C. de episc. & cler.* Moribus tamen receptum est, ut sicut plurium Eccle-

58 siarum Canonicus quis esse potest; ita etiam Episcopus. II. *Episcopus † à sua Ecclesia ultra annum ne abesto. N. 6. c. 3.* Ratio in aperto est: quia tàm diu absens non solùm domi desereret officium, quod Ecclesiæ suæ debet. Sed etiam foris absumeret bona eiusdem, cum suo comitatu. Utrumque vero detrimentosum est Ecclesiæ Exceptio tamen est; nisi à principe vocetur atque retineatur ultra annum. Nam jussu principis etiam reipublicæ negotia episcopi tractare jam olim cæperunt. Cujus rei exempla observare licet, non tantum apud historicos, & maximè rerum Germanicarum, ut Othonem Frisingensem, Raduicum, Albertum Crantzium & alios: sed etiam in jure Justinianeo: imò & anteriorum

59 principum: sicut & in jure feudali, &c. III. *Episcopus † ad comitatum principis sine literis systaticis (γεγραμμένα συστατικά) commendatitiis sive dimissoriis, sive testimonialibus à suo metropolitano vel patriarcha, vel Archiepiscopo acceptis ne accedito. N. 6. c. 3. & N. 123. c. 9.* Quod latiùs explicat Cujac. *ad d. N. 6.* Addo ego *c. 1. in Extrav. de elect.* Ubi si clerici vel monachi de suis civitatibus ad alienas urbes proficiscantur, venire debent muniti literis suorum prælatorum, sive ordinariorum. Alioquin pro fugitivis & vagabundis habebuntur. IV. *Episcopus*

60 † *litium causa Ecclesiam suam ne relinquito.* Ratio est: quia si litibus implicaretur, cultum divinum desereret. Potest autem per suos Oeconomos, vel Apocrisiarios litigare: sicut & monasteria & Abbates suos habent apocrisiarios, eandem ob causam, ne ipsi à cultu divino abstrahantur, & tamen interim jus

61 suum non amittant. V. *Episcopus † quot annis synodum habeto, sive conventum agito solennem.* Ratio est conservatio disciplinæ Ecclesiasticæ, sive ut omnis Ecclesiasticus status, & sacræ regulæ diligenter custodiantur. Deinde ut controversiæ inter clericos & monachos provinciæ, sive diœcesis ipsius forsan exortę cognoscantur ac decidantur: delinquentes verò corrigantur. *Nov. 123. c. 10.* De

62 quo † tamen capite sive § notandum est: non satis fideliter à vulgato interprete translatum fuisse. Quod apparebit, si eum conferamus cum Græco textu, & editione Halοandri. Nam quod de duobus conventibus in anno habendis vetus translatio habet; id manifestè est contra mentem Imp. qui in eo potiùs recessit à jure, quod anteà obtinuit ex Canonibus Apostolicis, quibus binæ synodi quot annis haberi jubebantur: una in quartâ feriâ Pentecostes; altera mense

Digitized by Google

menſe octobri: ut videre licet *in Canon. Apoſt. 36.* Sed Juſtin. unam in uno anno ſufficere exiſtimavit. Quare non debuit interpres aliquid ei affingere de duabus ſynodis pro una. Excuſari tamen poſſe puto veterem interpretem, ſi dicamus, eum voluiſſe ſanctionem Juſtiniani ſive detorquere, ſive accommodare ad id jus quod moribus ſui ævi receptum erat. Idemque & alibi ab ipſo factitatum obſervare licet. Imò eandem ob cauſam omiſit quoque multas Novellas, quod ſuo tempore non ampliùs eſſent in uſu: aut quod jus ſpeciale ac proprium certi alicuius loci aut regionis complecterentur. Fuit † autem ſalubertimum hoc inſtitutum Eccleſiaſticum: ex quo etiam manarunt, quæ quibusdam in Ducatibus hodiè in uſu ſunt viſitationes annuæ paſtorum, ſimul & laicorũ, quæ à ſuperintendentibus juſſu principum inſtituuntur. Ex eodem † fonte manaſſe etiam puto quod in Eccleſiis, ubi ſunt Canonici (ſicut plerunque hodiè, ubi ſunt epiſcopatus, ibidem & canonicatus reperiuntur: maximè per Germaniam; adeò ut vix alterum ſine altero eſſe videamus) quotannis generales conventus aguntur, à quibus nemini ſine cauſa ſontica & gravi impedimento abeſſe licet. Vocant vulgò *Generalia*, item *univerſalia capitula*. VI. *Epiſcopus* † *nullam ſecum mulierem habeto. N. 123. c. 29. verſ. epiſcopum verò.* unde ſumpta eſt *Auth. epiſcopo. C. de epiſc. & cler.* Cuius † inſcriptio corrigenda eſt in corpore juris, etiam in editione Gothofredi. Eſt enim ex *N. 123. cap. 29.* & non ex *N. 6. c. 6.* deſcripta. Nam in *N. 6.* agitur de diaconiſſis, quod non debeant ſecum alienos viros habere. Ratio prohibitionis hæc eſt: ut omnis mala ſuſpicio declinetur. Nam ſi Cæſaris domum non tantùm crimine, ſed etiam ſuſpicione criminis vacare oportet, ut Jula Cæſarem aliquando dixiſſe accepimus: quantò magis epiſcopi? Et ſecundum Paulum, cavendum eſt ab omni eo, quod malam habet ſpeciem. Deinde periculoſa quoque eſt ſexuum commixtio, & nimia cum fœminis familiaritas & flamma fumo proxima eſt, ut habet proverb. (*Plaut.*) Sed hic † notandum primò diſcrimen inter cæteros clericos & epiſcopum. Illis enim licet etiam jure Juſtinianeo quasdam ſecum habere mulieres, in quibus ſcilicet propter arctiſſimam neceſſitudinem ceſſat ſcævi criminis ſuſpicio. epiſcopis vero nullas prorſus habere concedit. Ratio differentiæ eſt: quia ab epiſcopo major requiritur perfectio, ut quem Paulus quoq; velit eſſe typum gregis & fidelium. Deinde notandum † per *d. N. 123.* corrigi *l. 9. eum qui probabilem. C. de epiſc. & cler.* Nam in ea lege Impp. Honorius & Theodoſius permittũt non tantum cæteris clericis, ſed etiam epiſcopo, habere ſecum quasdam mulieres proximè ſibi cognatas verbi gratia matres, filias & germanas, id eſt ſorores: quaſi in quibus nihil ſcævi criminis. (Ita enim legendum, ut rectè etiam Franciſc. Juretus monuit *in miſcellaneis ad ſymmachum*: non ut vulgò legitur, *ſævi*) exiſtimari permittit fœdus naturale, id eſt, in quas non cadit ulla ſiniſtra ſuſpicio propter jus ſanguinis. Tantùm prohibentur cohabitare mulieribus extraneis, quas alii *ſubintroductas* vocarunt, ex Græco συνεισάκτους verbum verbo reddentes. Videte Cujac. *lib. 2 obſ. cap. 29. & ad N. 6. ſub fin.* Ubi eruditè explicat ex Martiali & Hieronymo, quid ſit *in d. l. 19. ſororia appellatione decolorari*: id eſt, *dehoneſtari*. Notetur † *ex eadem lege in prin.* Quæ honeſtos laicos non decent, ſive

63 64 65 66 67 68 69

sive quæ in ipsorum persona sunt probrosa: ea multò minùs convenit sacerdotes & clericos admittere. Sic enim ibi Impp. argumentantur, à minori ad majus: Non decet eum, qui probabilem seculo disciplinam agit, id est, qui honestè inter laicos vitam degit, ut decoloretur sororiæ appellationis consortio: id est, ut aliquam domi suæ alat fœminam, cumqua probrosè vivens turpitudinem suam occultet honesti nominis velamento, sororem scilicet suam vocans, quæ potiùs scortum ipsius, vel concubina est. Ergo multò magis hoc dedecet facere sacerdotem vel clericum. Pœna autem contra facientis episcopi est deiectio ab officio. *d. N. 123. & d. Auth. episcopo. C. de epis. & cler.*

70 VII. Lex sit: *Episcopus † nullam omnino cujuscunque personæ tutelam aut curam suscipito. N. 123. c. 5. Deo autem amabiles. & Auth presbyteros. §. 1. C. de episc. & cler.* Et hoc quidem commune est episcopis cum monachis. Ratio est, quia per tutelas & curationes utrique impediretur in cultu divino. Debent autem omnibus aliis rebus derelictis, Dei omnipotentis ministeriis inhærere: ut loquitur Imp.

71 *l. 52. generaliter. §. 1. in fin. C. de episc. & cler.* Hîc † notandum est quomodo Imperator suam illam legem correxit per Novellam. Nam per *l. 52.* non interdixerat episcopis, presbyteris, diaconis, subdiaconis, & monachis ne omnino fierent tutores vel curatores: sed tantùm concesserat eis immunitatem: sive hoc eis indulserat beneficium, ut loquitur, ut si nollent esse tutores curatoresve, ab illis officiis, quæ in aliis sint necessaria, essent immunes: & quidem ipso jure: id est, etiam si non excusirent sese: sicut alii debent excusationes suas, si quas habent, certo tempore & loco proponere. Huic tamen immunitati sive beneficio suo, quò minus potent renunciare episcopi, monachi, & cæteri, se seque immiscere tutelæ vel curæ, nequaquam ibi prohibueret Imperator. Imò veto hoc permiserat: cùm regula sit juris antiqui: omnes habere licentiam his, quæ pro se indulta sunt, renunciandi: ut est *in preced. l. 51. C. de episc. & cler.* Cui respondet *similiter incipiens l. pen. C. de pact.* Sed per *d. N. 123. c. 5.* unde *dicta Auth. presbyteros. eid. l. subiuncta.* et desumpta, dupliciter id jus mutavit. Nam primò episcopis & monachis planè interdixit omni administratione tutelæ & curæ: adeò, ut ne quidem, si velint eam suscipere possint. Deinde, aliis clericis, ut presbyteris, diaconis & subdiaconis, ad tutelam vel curam jure cognationis fortè vocatis, promisit eam suscipere; ita tamen, ut intra quatuor menses à tempore delatæ tutelæ vel curæ apud competentem judicem in scriptis declarent, velle se tuto-

72 res vel curatores esse. Quærit † hic Accursius *in d. Nov. 123. c. 5. in gl. verbi, Permittimus*, possitne presbyter vel diaconus fieri tutor testamentarius, vel dativus? Resp. rectè, non posse; quia scilicet textus *d. Novella* clarè tantùm legitimæ tutelæ mentionem facit, quæ scilicet jure cognationis alicui defertur. Jam verò inclusio unius cæterorum est exclusio. Malè igitur, meo judicio, Johan. Summista scribit (si tamen vera est lectio) alios clericos (præter episcopum) posse tutores esse testamentarios, non dativos, vel legitimos. Debebat dicere, eos posse tantùm legitimos esse tutores non testamentarios non etiam dativos.

73 VIII. Lex sit: *Episcopus † clericis suis, & contra eos aliis, jus reddito. d. N. 123. c. 21.* Ubi latè & distincte de competente judice clericorum in causis tàm civilibus, seu

Digitized by Google

bus seu pecuniariis quam criminalibus tractatur Et pertinent hæc ad audientiam episcopalem; de qua supra non nihil attigi; & monui, quomodo à jurisdictione propriè dictâ differat. Videatur, præter ea quæ ibi allegavi, etiam Cujac. *in recit. decretal. ad c. 4. extra qui filii sint legitimi.* I X. *Episcopus † pro alio* 74
ne fide iubeto: Colonus, publicanus, sive exactor, aut susceptor fiscalium functionum (vulgò Fiscal.) *item procurator alienarum litium ne esto. d. N. 123. c. 6. sed neque fieri.* Vulgò incipit. *Alium autem fieri, &c.* Ratio eadem est, quæ supra, est indicata de prohibita tutela & cura. X. *Episcopus † ante legitimam & plenariam cau-* 75
sæ cognitionem neminem excommunicato d. N. 123 c. 11. omnibus. Congruit hoc cum *l. 30. episcopis C. de epis. & cler.* Ratio est: quia ne civilibus quidem in rebus sententia priùs ferri debet, quàm judex omnia diligentissimè fuerit rimatus, & ordinem rerum plenâ inquisitione discusserit ac ponderarit. *l. 2. c. de sent. ex perc. recitandis.* Videatur & elegantissimus Canon *si judicantem. 30. q. 5.* Quantò igitur majore opus est circumspectione in causis spiritualibus, sive Ecclesiasticis: cum ibi majus multò sit periculum, & proinde cautius agendum. X I. *Epi-* 76
scopus † denominatum seu præsentatum sibi clericum ab eo qui jus patronatus habet, si idoneum animadverterit, ad munus Ecclesiasticum, confirmato. Nemine præsentato, ipse, quos maximè idoneos existimaverit, ordinari procurato. d. N. 123. § si quis oratorii domum. c. 18. Quod ut intelligatur, sciendum est de jure † patronatus: quem- 77
admodum is, qui servum manumittit, efficitur patronus eius jam liberti facti, & jus patronatus, quod multa complectitur in eum consequitur *t. 1. ff de jur. patron.* Ita etiam is, qui ædificat Ecclesiam sive oratoriam domum (quæ & *Prosencha* à Juvenali & aliis Latinis dicitur) eamque dotat, id est, reditus quosdam vel alia bona ei assignat, jus Patronatus consequitur eandem in Ecclesiam: Cuius juris vigore non solùm ipse, sed etiam hæredes eius possint nominare aliquem sive præsentare episcopo ad officia sacra in illa Ecclesia obeunda Quod jus Patronatus posterioribus temporibus introductum, non est quidem spirituale: sed tamen cohæret causis spiritualibus. Videatur *t. 1. decretal. l. b 3. de jur. Patron.* & Cujacius, *in recitat. decretal. ad c. 3. ex. de judiciis. & ad c. 18 cum Bertoldus. ext. de sentent. & rejudicat.* Et de hoc jure patronatus ac præsentandi sæpè etiam hodiè gravissimæ exoriuntur controversiæ; maximè inter principes, nobiles ac civitates. Nam ferè pro servitutis cuiusdam specie habetur hodiè illa præsentandi facultas; non minùs, quàm ius venandi aut quod simile. Videri poterunt ex Germanicis practicis celebrioribus Mart. Uban *cons. 18. tom. 2.* Item, duo prolixa & pulchra consilia post consilia Johan Borcholdi 3 & 20 quorum prius conscriptum est à Nicol. Everhard. alterum à Ludolp. Schradero. X I I. *Episcopus † curato, ut pia legata, puta ad redemptionem captivorum, &c executioni* 78
mandentur. N. 131. c. 11. unde sumpta est *Authen. licet testator. C. de epis. & cler.* Per quam Auth. declaratur præcedens *l. 28. nulli. eod.* Atque hinc DD. episcopum vocant *Perpetuum executorem*, ut videre est apud Parisium *cons. 74. n. 71. volum. 3.* Videatur etiam de hac parte episcopalis officii Mynsingeri responsum *35. n. 23. & seq.* Ubi etiam discutit quæstionem: An episcopus de talibus legatis sibi aliquam partem decerpere possit. Quod rectè negat *per d. l. 28. & l. 49. si quis ad de-*

Digitized by Google

79 *cinandam.§.ult.C.de epiſc.& cler.* XIII. *Epiſcopus † ad judicem civilem ſive ſecularem, vel etiam ad militarem invitus ne pertrahitor, ſine juſſione principis; quaiscunque ſit cauſa, qua de agitur, civilis vel criminalis. N.123.c.8.& Auth. nullus epiſcopus.C.de epiſc.& cler.* Quæ etiam repetitur apud Gratianum *in c.8.nullus. 11.q.1.* tametſi quædam verba omiſerit, ſcilicet. *Invitus*: item, *niſi princeps jubeat.* Atque hac Auth. corrigitur. *l.22.ſi qua per calumniam. c. d. t.* Per quam legem poterant epiſcopi, & multò magis alii clerici inferiores, etiam inviti, ad judicem ſecularem trahi, & cogi, apud eum cauſam dicere. Quanquam hæc res non tàm ad officia epiſcoporum & aliorum clericorum, quàm ad privilegia ſacri illius ordinis pertinet. Eſt enim non minimum clericorum privilegium, quod non coguntur litigare coràm judice ſeculari: ſed forum competens habent apud epiſcopum: Epiſcopus ipſe apud Metropolitanum, vel Archiepiſcopum: Archiepiſcopus apud Patriarcham: & hi omnes apud Pontificem Romanum: jure mo-
80 ribus uſurpato. *De quo alibi latiùs.* Hic † tantùm obſerventur aliquot gradus mutati juris circa hunc articulum.

Diſtingui autem poſſunt ſecundum quatuor tempora 1. Cogebantur, clerici etiam inviti, cauſam dicere apud judicem civilem. *d.l 22.C.de ep ſc. & cler.* Pro quo jure (quod etiam ſub Chriſtianis principibus, Theodoſio & Valentiniano, itemque ſub Leone & Anthemio obtinuit: ut videre eſt *in d.l.22.& l.33 omnes quinbique.C.d.t.* Ubi ſacerdotum & clericorum judices ordinarii dicuntur eſſe rectores provinciarum, id eſt, præſides. facit magnopere exemplum ipſius Chriſti, & Apoſtoli Pauli; qui coram iudicibus, & magiſtratibus civilibus, quantumvis illi infideles ſive pagani eſſent cauſam dixerunt. Non debent ergò Chriſtiani, quamvis clerici, quamvis antiſtites religionis Chriſtianæ, melioris eſſe conditionis, quàm ſuum caput, Chriſtus, eiusque Apoſtoli: neque honeſtè recuſare poterunt eandem, quam illi ſubierunt, ſortem Nam illud Chriſti dictum meminiſſe debent: *Non eſt ſervus ſupra herum, neque diſcipulus ſupra magiſtrum.* Quòd ſi dignitati Chriſti aut Apoſtolorum nihil inde deceſſit, quòd cauſam dicerent apud judices ſeculares: non eſt, quòd metuant vel epiſcopi, vel alii clerici, & ſacerdotes, ne de ſuo honore per id aliquid detrahatur. II. Poterant quidem conveniri apud judicem civilem; ſed volentes tantum atque conſentientes. *l.51.ſi quis.* (Aliàs eſt. *l.39.*) *C.de epiſc.& cler.* non etiam inviti. Quod ita bono ſtudio conſtituit Juſtinianus, in favorem religionis, cui multa etiam alia indulſit privilegia. III. Fridericus II. Imperator (nepos Frid I.) in gratiam Honorii III. Pontificis Romani; prohibuit, ne quisquam ullam Eccleſiaſticam perſonam auderet trahere ad judicium ſeculare, ſive quæſtio eſſet criminalis, ſive civilis. Hac inſuper additâ pœnâ, ut actor litem perderet; ſententia vero ipſo jure nulla eſſet; judex denique poteſtate judicandi privaretur. Videatur conſtitutio Frid. II. *in fine libror. Feudal.* quæ incipit, *In die qua, &c.§ item ſtatuimus ut de ſtatutis & conſuetudinibus, contra libertatem Eccleſiæ, &c.& Auth. ſtatuimus. C.de epiſc.& cler.* quæ inde eſt ſumpta: ſicut etiam altera *Auth. Gazaros. C. de hæret. & Manich.* IV. Denique illuc ventum eſt, ut ne quidem volentes & conſentientes clerici poſſent in foro civili litigare, aut privilegio

vilegio fori Ecclesiastici, quod vocant, renunciare: ut est in illo celebertimo, *c. 12. si diligenti. Ex. de foro competente:* quasi scilicet sic renunciantes suo juri paciscerentur contra jus publicum: quam tamen rationem reprehendit Cujac. *tàm ad l. 38. ff. de pact. quàm in recitationib. decretal. ad d. c. 12.* Quem & Giphanius sequitur. Videantur multa de clericorum exemtione & foro competente etiam apud Gratianum. *d. caus. 11. q. 1.*

XIV. Sequitur † alia lex, quæ item continet privilegium potiùs, quàm aliquam partem officii episcopalis. *Episcopus* igitur *ad dicendum testimonium invitus in judicium ne pertrahitor: sed judex ad eum testimonii causa domum mittito. N. 123. c. 7. nulli verò.* unde sumpta est *Auth. sed judex* post *l. 7. nec honore* C. *de episc. & cler.* Quæ lex per *d. N.* nonnihil corrigitur. Hac quoque in re habita est ratio dignitatis episcopalis quod satis judicant Impp. *in d. N.* indeque sumpta *Auth.* & *l. 7.* Huic simile est, quod etiam alibi in jure Justinianeo cautum est, ut ad honestas matronas aliosque in dignitate positos domum mittatur; cum testimonium ipsorum requiritur. 81

XV. *Episcopus* † *corporaliter tactis SS. Evangeliis jurare non cogitor; sed tantum in conspectu eius libri sanctorum Evangeliorum ponuntor: idque pro corporali jure jurando habetor. d. c. 7. nulli ead. N. 123.* Ratio est eadem, quæ supra Est autem hoc summum privilegium quod episcopo etiam injurato creditur in testimonio dicendo: quod aliàs nemini fit, ut est *l. 9.* C. *de testib.* 82

XVI. *Episcopus* † *sportulas dare in judicio ne cogitor. Novel. 123. c. 28. sportularum. vers. episc. v.* Pœna quoque dupli, huius legis violatori irrogatur: deinde remotio ab officio, *d. textu.* 83

XVII. *Episcopus* † *satis dare ne compellitor. d. Nov. 123.* 84

Mart. Uran. cons. 11. n 58. tom. 1.

XVIII. *Iniuria* † *facta episcopo sacris operanti crimen publicum esto* (aliàs enim injuriarum judicium tantum est privatum. *l. 7. & l. ult.* C. *de iniur.*) Pœna eius vel exilium, vel etiam capitale supplicium esto. *d. N. 123. c. 31. si quis cum sacra. & Auth. sed novo iure.* C. *de episc. & cler.* qua declaratur *precedens. l. 10. si quis in hoc.* Ubi hæc injuria vocatur *genus sacrilegij:* sicut etiam *in can. 29. si quis suadente diabolo. 17. q. 4.* Neque hoc mirum, quòd Christiani principes, ut Arcadius & Honorius, item Justinianus, tàm graviter istiusmodi injurias vindicarint: cum etiam adhuc pagani Impp. Valerianus, Galienus, & Valerius pro atroci injuria sine dubio habendam rescripserint eam, quæ illata esset sacerdoti; cùm is esset in sacerdotio, & habitum atque ornamenta dignitatis præferret *l. 4. atrocem* C. *de iniur.* Cui similia sunt etiam apud Demosthenem *in oratione contra Midiam:* quæ recitatur *in l. 16. aut facta, §. qualitate ff. de pœn.* 85

XIX. *Episcopus* † *familiares honestos habeto.* De quo præcepto videatur Mart. Uran. *cons. 7. n. 14. tom. 1. Damna si qua per officiales ipsius data sunt, restituito.* De quo Mynsing. *resp. 21. n. 46. cum duob. seqq.* Et meritò. Nam si alias quoque species culpæ est, malorum hominum operâ uti; si item magistratus civilis, ut præses provinciæ, vel proconsul, & cæteri, innocentium hominum operâ ac ministerio uti, & culpas non tantùm suas, sed etiam domesticorum suorum, præstare debet, ut præclarè præcipit Cicero *fratri suo quinto, de provincia administranda (lib. 1. ep. 1.)* quantò magis ea cura incumbet episcopo, ut non tantùm ipse sit innocens, sed etiam ministris utatur innocentibus. 86

Digitized by Google

87 Postremò notandum: † quoad res Ecclesiæ episcopum non esse illarum dominum, sed tantum administratorem & procuratorem, ut videre licet apud
88 Mynsing. *resp.30.n.18.* & Modest. Pistor. *consil.18.n.3.vol.1.* Ubi latè disputat: An † & quatenus episcopo defuncto succedant proximi eius cognati, vel ecclesia: docetque in rebus Ecclesiasticis jus Canonicum observandum esse etiam in reformatis Ecclesiis. Videatur *eiusdem consil.25.eod.vol.1.* ubi *n.16* hanc tradit regulam: Quòd quibus in rebus potestatem testandi habet episcopus vel clericus, si decedat intestatus, videatur easdem res proximis suis consanguineis reliquisse. *per l.si quis cum nullum. & l.conficiuntur.ff.de iur.Codicill. & per l.si mulier dotem,* C.
89 *de iur.dot.* vid. & Mynsing. *resp.35.in pr.* & Sichard. *cons.test* 1. *& 6.* Quæritur † etiam: An & quatenus possit episcopus bona Ecclesiæ suæ in feudum concedere? Resp. non aliter id posse, quàm si solita sint infeudari. De quo distinctius & uberiùs explicant Feudistæ (Vulteius, Schrad. Borch.) *ad.c.un.t.Episcopum, & c. feudum non posse dare.* & præterillos videri quoque potest Modest. Pist. *cons.40.n. 1.2.3. & 7. vol.1.*

90 Præterea † observandum: quod episcopus cæterique clerici de suis ac propriis bonis se sustentare non cogantur. Videatur C. *cum ab omni. ex. de vita & honest.cler.* & Modest Pist. *cons.25.n.19.vol.1.* Nam & Paulus ait; Dominum præcepisse, ut qui altari serviunt, de altari vivant. *in epist.ad Corinth.*

91 Quia † verò hactenus satis multa *de partib. officii episcopalis* diximus, & quædam etiam obiter *de privilegiis eorundem* attigimus; opportune hoc loco quæri potest: *An etiam episcopus per alium expedire atque exequi officium suum possit?* Resp. Sed hoc negandum est ut latè docet Modest. Pist. *cons.44.n.23. vol.2.per c.7. cum in cunctis. Ex. de elect. & per l.unic. §.sin.v.talis.* C. *de caduc.tollend.* Ratio: quia ubicunque electa est certæ personæ industria, non potest res per alium expedi-
92 ri. Hìc tamen notandum est, moribus † receptum esse, ut episcopus habeat suum *vicarium*, item, *suffraganeum*, quem Germani vocamus Weihbischoff: per quem nonnulla sui muneris exequatur. Habent etiam sæpè episcopi suos *coadjutores*, qui sunt quasi collegæ, aut etiam interdum designati successores eorundem.

Possunt & aliæ celebres quæstiones moveri de episcopis, eorumque jure, & officio: quarum decisio aliunde petatur. Indicabo tantùm paucas, præbendi gustus causa.

93 Sic quæritur sæpè: *An* † *possit episcopus sine consensu capituli beneficia Ecclesiastica, quas præbendas vocant, conferre?* Resp Posse; nisi consuetudo prohibitoria sit in contrarium. Videatur Paris. *cons.41.n.31.vol.4.* Videatur etiam *tit.decretal.de his quæ fiunt à prælato sine consensu capituli.* Sed capituli mentio in jure Justinianeo nulla extat. Vocat autem capitulum totum cœtum sive collegium canonicorum alicuius Ecclesiæ. *Videatur etiam alter tit.decretal. de his quæ fiunt à maiore*
94 *parte capituli.* Hic notanda est regula: *Episcopo* † *licet mortuo, non tamen etiam Ecclesiam censeri mortuam, aut capite destitutam: sed capitulum interim ipsius vices sustinere, donec novus episcopus eligatur.* Cui rei certus est præfinitus terminus: de quo Modest. Pist. *d.cons.44.* Videatur & Mynsing. *decad.3.resp.8.n.14.* & Cujac. *ad*

Digitized by Google

jac. *ad c. 13. veniens. Ex. de sponsal. & matrim.* Videndus quoque est *tit. decretal. lib. 3. ne sede vacante aliquid innovetur, & ibi canonistæ.*

Sic quæritur: *An † possit episcopus etiam laico judici committere causas civiles, quarum ipse alioquin judex esset?* Resp. Philipp. Decius, *cons. 150. num. 9.* posse. 91
Quod tamen alii restringunt ad solum episcopum Romanum. Videatur Joh. Fab. *in breviar. C. ad Auth. statuimus, C. de episc. & cler.* Quæritur item sæpissimè: *An † episcopus ex contractu sui antecessoris obligetur?* Quod regulariter negan- 96
dum docent. Exceptiones tamen videre licet apud Modest. Pistor. *cons. 63. per tot. vol. 1* Ubi etiam agit de coadjutore episcopi & de eo, qui plures habuit episcopatus. Huic vicina est quæstio: *An † episcopus teneatur solvere es alienum* 97
ab antecessore suo contractum? De qua quæst. videndus est Paris. *cons. 137. n. 5. vol. 4.*
Quæritur item: *An † episcopus transigere possit de bonis Ecclesiæ non incorporatis?* 98
Quod affirmat Ph. Decius *cons. 564. n. 17.* Item quæritur: *An † episcopus simul* 99
etiam canonicus in eadem Ecclesia esse, atque ita duplicem personam sustinere possit?
Quod similiter affirmat Decius *cons. 641. n. 2.* Sed hac in re puto spectandam esse cuiusque loci & capituli consuetudinem. Item quæritur: *An † episcopus* 100
exercere possit officium Archidiaconi? quod negat Decius *consil. 664. n. 4.* Quæritur etiam: *Quid † si episcopus concurrat cum archiepiscopo in visitatione alicuius* 101
Ecclesiæ, uter alteri debeat cedere? Et ait Johan Faber. *ad l. 1. n. 2. C. de episc. præfect. urbi.* Episcopum Archiepiscopo cedere debere, tanquam minorem, majori.
Quæritur etiam: *An † episcopus vel alius clericus cogatur respondere coram judi-* 102
ce laico in reconventione, id est si ipse à laico, quem apud laicum judicem reum fecit, reconventus fuerit, mutuis aliquibus petitionibus? Resp Johan Faber. *ad. d. Authen. statuimus.* ex DD ferè omnium sententia, teneri eum in recomentione etiam sub laico judice respondere. Porrò quæritur: *An † episcopus* 103
possit aliquem ob iniuriam sibi personæ illatam excommunicare? Item, *an possit remittere iniuriam factam Ecclesiæ?* sed horum utrumque rectè negat Johan. Faber. *in Breviario codicis ad Auth. sed novo iure. & ad l. 10. si quis. C. de episc. & cler.* Ratio prioris est quia nemo sibi ipsi jus dicere debet in propria causa. *l. 1. C. Ne quis in sua causa iudicet, vel ius sibi dicat.* Cui non repugnat 1. Quod prætor vel alius magistratus potest etiam pœnis quibusdam vindicare contemtum suæ jurisdictionis. Nam hic non tàm sibi factam contumeliam vindicat, aut sibi jus in sua causa reddit, quàm Reipubl. in causa publica. Deinde non obstat, quod communiter traditur à DD. *ad l. 3. ut vim. ff. de iust. & iur.* posse episcopum sive sacerdotem etiam sacra facientem, si invadatur ab aliquo homicida, omissâ interim rediviná ipsum aggressorem defensionis suæ causa occidere. Unde videbatur dicendum, multò magis etiam posse injuriantem excommunicare, *argumento l. 11. in fin. ff. de libert. & posth.* Resp. dissimilem esse rationem: quia in invasore repellendo periculum esset in mora ne scilicet sacerdos ab altero præventus ipse interficeretur. Tale periculum cessat altero casu. Ratio posterioris sententiæ hæc est: quia unusquisque suum duntaxat jus, non etiam alterius, remittere potest; multoque minus totius alicuius collegii sive corporis, quale est etiam Ecclesiæ.

Digitized by Google

104 Quæritur item ſæpè: *Quid* † *faciendum ſit epiſcopo; ſi fortè pluribus patronis, qui ius præſentandi in Eccleſia aliqua habent, inter ſe diſcordantibus uno hunc, alio alium pro motum cupiente, quem, inquam, ex pluribus præſentatis confirmare & ordinare debeat?* De hoc videatur conſil. Regneri Sixtini quod eſt *10. volum. 1. reſponſ. Marpurg.* ubi docet, *num. 16. & 17.* poſſe epiſcopum eligere aliquem ex illis ſuo arbitrio; vel etiam de rigore juris planè alium & extraneum aſſumere ac pro-
105 movere. Poſtremò quæritur: *An* † *epiſcopus removeri poſſit ab Eccleſia?* Et poſſe docet Ph. Decius *conſil. 151. num. 5.* Sed hîc notandum eſt, ſolius ſynodi hanc eſſe poteſtatem: ut eruditè ex Ammiano Marcellino *l. b. 15. hiſt.* obſervat Cujac. *ad c. 2. & 3. ex. de ſent. & re iudic.* Archiepiſcopi igitur ſententia quâ epiſcopum ſibi ſubiectum, ſine authoritate ſynodali ab epiſcopatu removit, ipſo jure nulla eſt: utpote ab incompetente judice lata: pro ea quæ docet Sebaſtian. Vantius, *in tract. de nullitat.* Plures hujusmodi quæſtiones apud practicos & conſiliorum ſcriptores obſervari & huc tanquam ad locum communem aggregari poſſunt. Nobis in præſentiarum iſtæ ſufficiant.

106 Porrò promiſi † ſuprà me quinto loco acturum *de competente iudice epiſcopi.* Sed hoc membrum jam, re ſic ferente, præoccupavi explicate *ſupra cum agerem de officiis ac privilegiis epiſcopalibus.* Recurrendum igitur eò *ad n. 13.* ubi quę dixi, eadem hîc ſufficere poſſunt. Tantùm adjungi illis velim Modeſt. Piſtor. *conſi. 24. n. 13. vol. 1.*

107 Nihil itaque † reſtare videtur, niſi ut ad ultimum capitis noſtri membrum accedamus, id eſt, pauca attingamus *de comparatione ſacerdotii & Imperii.* De quibus duobus muneribus eſt initialis ſententia, *N. 6.* Ait Imperator: utrumq; ex uno & eodem principio procedere: ſive, à ſupernâ clementiâ in humanum genus collata duo maxima dona: quorum illud miniſtret rebus divinis, hoc præſideat humanis: ut ita vitam humanã quaſi collatis operis mutuis certatim exornent & pulchram quandam conſonantiam efficiant. Quam ſymphoniam ex concurſu rerum divinarum & humanarum ortam celebrat etiam Imper. *ini-*
108 *tio N. 42.* Occaſione † autem huius ſententiæ, multa hîc dici poſſent de jure utriusque poteſtatis, ſacerdotalis & Imperialis. Sed de talibus adiri poteſt locuples penus aliquot librorum à Simone Schardio Ictο in unum volumen collectorum quod inſcriptum Maximil. II. Baſileæ impreſſum eſt, anno 66. Inter illos autores varios, præcipuè eminent iſti: tractatus Johannis de Pariſiis, de poteſtate Regia & Papali: Item, Marſilii de Padua: & Michaëlis Coccinii, & Rudolphi de columna libri, de translatione Imperii (de quo argumento etiam ſcripſit noſtra memoria Robertus Bellarminus) Item Nicolai Cuſani Cardinalis libri 3. de concordantia catholica, quos ſcripſit ſtatim poſt Concilium Baſileenſe: & Theodorici à Niem, de privilegiis & juribus Imperii. His adjungi poterit defenſor pacis, autore Marſilio Patavino: quo opere aſſeruit, jura Im-
109 per. Ludovici Bavari, contra papam. In ſumma † hoc teneatur de utriusque poteſtatis jure: tametſi ſacerdotii & epiſcopalis dignitas meritò eſt omnium maxima, quoad ſpiritualia & curam religionis & animarum; cum veriſſimum ſit, quod ſcripſit Greg. Magnus, *Regimen animarum eſſe artem artium.* (Quo reſpectu

Digitized by Google

ſpectu etiam apud Ignatium & Iſidorum & Ambroſium *in epiſtolis*: item apud Chryſoſtomum, *in libris de ſacerdotio; item in Oratione, in ſtatuas; & in libris adverſus Judeos*: & alibi, tàm apud hunc, quàm apud alios ſanctos patres multa legũtur in hanc ſententiam de ſacerdotij ſublimitate, verbi gratia quod ipſo etiam Imperio ſive regno ſit excelſius atque præſtantius: & quidem tantò ſublimius, quantò cœlum terra, vel quantum anima præſtat corpori.) Tamen cavendum
† eſt quam diligentiſſimè, ne per illa elogia inflatus aut elatus ſacerdos vel a- ii
lienos fines invadat, & ſpiritualem in ſecularem poteſtatem convertat, aut non copulanda copulet: ſicut ille, qui dictum Petri in Evangelio: *Ecce duo gladii hîc*: mirificè detorſit pro ſua libidine imperandi: vel etiam ne in contemptum adducat magiſtratum Politicum, qui eſt ordinatio Dei *Paul. Rom. 13.* & imperii jura imminutum eat. Quod profectò † non paucos ex Pontificibus Romanis fe- iii
ciſſe, clamant hiſtoriæ; mò etiam ipſorummet jura non diſſimulant. Nam Innocent. *III.* ſcribens ad Imper. Conſtantinopolitanum, *in cap. 6. ſollicitè. ex. de majoritate & obedientia*, Pontificalem autoritatem Soli (id eſt luminari majori:) Regalem poteſtatem minori luminari (id eſt Lunæ) confert: nec dubitat affirmare, tantam eſſe differentiam inter pontifices & Reges, quanta eſt inter Solem & Lunam diſtantia claritatis. Qui certè non eſt ſtylus conveniens Apoſtolicæ gravitati & humilitati. Neque enim ad hunc modum ſcribere ſolebant Petrus & Paulus de magiſtratu politico loquentes. Videatur. *c. 13. epiſtola ad Roman. & 1 ad Timoth. c. 2. & 1. Petr. 2.* Sed cum moribus linguam quoque mutarunt poſteriores epiſcopi Romani: poſteaquam cœperunt affectare Imperium, non modò in clerum, ſed etiam in Imperatores: quos & inſtituendi & deponendi, atq; ita regnum de gente una in aliam, vel ex familia una, aut perſona in alteram transferendi, jus poteſtatemque ſumpſerunt ſibi: & utrumque gladium ſua in manu eſſe, ſeque vacante Imperio Imperatorum loco eſſe: & neſcio quod non prætereà, jactitârunt: quæ apud Franciſc. Hotoman. *in bruto fulmine* videre licet *ſub cap crimen læſæ majeſtatis*. Nec diſſimilia Innocentio *III.* etiam Gelaſius Papa ſcripſit ad Imp. Conſtantinopolitanum Anaſtaſium, nec non ad epiſcopos orientales: & Nicolaus Pontifex ad Imp. Michaëlem, *ut videre eſt in c. 4. ubinam legiſtis, & 3. ſeqq. c. 10. duo ſunt, & c. 12. nunquam. diſt. 96.* Ait Gelaſius *in d. c. 10.* dignitatem ſacerdotalem tàm longè altiorem eſſe regia poteſtate, quàm aurum ſit pretioſius plumbo: ſive regum fulgorem & principum diadema cum ſacerdotali ſublimitate collatum, longe inferius eſſe, quam ſi plumbi metallum ad auri fulgorem comparetur: ſed & colla regum ac principum ait ſubmitti genibus ſacerdotum eorumque dexteras oſculari. Utitur ad eam rem ſtabiliendam (ne dicam, abutitur) exemplis ſanctorum epiſcoporum, qui pios Impp. in peccata fortè graviora pro lapſos excommunicarunt; & quibus Imperatores ultrò conceſſerunt ac paruerunt: tametſi exempla hujusmodi ab omni memoria occurrunt pauciſſima. Sic S. Ambroſius, Theodoſium Majorem, poſt eius ſævitiam, in Theſſalonicenſes promiſcuè innocentes pariter & nocentes exercitiam, excluſit ab Eccleſia, nec admiſit ad ſacrorum participationem quoad pœnitentiam ageret. De quo exemplo illuſtri conſulenda eſt hiſtoria tripartita &

Theodo-

Theodoretus, *lib.9.cap 30.* Estque occasione huius rei postea ab ipso Imperatore promulgata *l.20 si vindicari, c.de ponis.* Sed non est bona illatio in talibus exemplis potestatis clavium, ut vocatur, ab episcopo in pios principes usurpatatur, ad tales regulas atque sententias, quibus majestas foliorum quasi deprimatur & minuatur. Nos potius meminerimus illorum quæ apud Tertullianum, Optatum Milevitanum, & Johan. Chrysostomum, pro asserenda & amplificandâ Imperatoriâ Majestate legimus. Nam sic Tertullianus *lib. ad Scapulam: Imperatorem*, inquit, *Christiani colunt, ut hominem a Deo secundum; & quicquid est à Deo consecutum, & solo Deo minorem.* Et idem autor gravissimè *in Apologetico cap. 30.* etiam pluribus expolit eandem sententiam: *sciunt Imperatores quis illis dederit Imperium: eum Deum esse solum, in cuius solius potestate sint, à quo sint secundi, post quem primi ante omnes, & super omnes Deos, &c.* Sic Optatus *lib. 3. de schismate donatistarum: Cum super Imperatorem non sit, nisi solus Deos, qui fecit Impp. dum se Donatus super Imperatorem extollit.* (Idem dici potest non injuriâ etiam de multis Pontificib. Romanis) *jam quasi hominum exciderat metas, ut se ut Deum, non hominem, æstimaret; non verendo eum, qui post Deum ab hominibus timebatur.* Similiter & Chrysostomus, *homil. 2. ad pop. Antioch. Is est, qui non habet parem ullum super terram* (multò minus igitur superiorem) *summitas & caput omnium super terram hominum.* Hæc Chrysostomus loquens de Imp. Theodosio, cuius statuas per tumultum dejecerat populus Antiochenus & in summam indignationem ob id facinus incurrerat Ita ergò antiquis illis & patribus, si non aureis, Ecclesiæ temporibus Christiani sentiebant de Imperatore, ipsum immediatè proximum Deo, & solo Deo minorem, cæteris vero omnibus superiorem constituentes. Neque vero est ulla repugnantia inter hujusmodi sententias & alias, quæ sacerdotem supra Imperatorem sive regem collocant: ut cum idem Chrysostomus alibi principatum sacerdotii majorem regio Imperio & sacerdotem rege majorem esse principem scribit. Hoc enim diverso respectu sic dicitur, longeque alia mente hæc pronunciavit Chrysostomus, quàm Innocentius, & Gelasius, Papæ, sua illa κεφαλαια.

Verùm, his omissis, quoniam *ad Nov. 6* & Accursius & Bartolus mentionem
112 faciunt de donatione † Constantini Magni quam Imperator ille fecerit papæ Sylvestro: Annotemus breviter, pro eo, ac suprà polliciti sumus, quinam potissimum de eâ scripserint: vel affirmantes & propugnantes ipsam; vel negantes & oppugnantes. Videatur ergò inprimis *Canon 13.* sive potiùs, ut habet inscriptio, *Palea, Constantinus, d. st. 96.* ubi habetur in summa, quòd Constantinus à Sylvestro Papa baptizatus donaverit Papæ coronam sive diadema, & omnem dignitatem regiam in veteri Roma, (qua etiam ipsi cesserit migrans Byzantium, sive, ut ab ipso dicta est, *Constantinopolin*, quæ & *nova Roma* cognomentum meruit) denique etiam dimidiam Imperii sui partem. De hac ergo donatione jamolim magna fuit contentio inter clarissimos viros. 1. An unquam facta sit? 2. si facta sit. (quod tamen non creditur) An jure subsistat? ut ita prior quæstio facta sit; altera juris Pro illa copiosissime omnium; quos viderim; scripsit Francisc. Bursatus Jurisc. *Consil. 124. per totum vol. 1.* quod composuit rogatu & in gratiam sui prin-

sui principis, Herculis Gonzagæ Cardinalis; qui legatus fuit Papæ, in Concilio Tridentino. Sed alii plurimis & fortissimis argumentis contra eam nituntur. Ut videre licet in disputatione Laurentij Vallæ & apud Innocentium Gentiletum, *in apologia Ecclesiæ informatæ in Gallia*; & apud Franciſc. Hotomannum *in Bruto Fulmine*: consulatur etiam Johan. Schneidewinus *ad rubric. proœmii Inst. pag. 4. num. 7.* & *ibidem in notis marginalibus* Wesembecius: ut nunc alios interpretes Instit. taceam, qui plerunque hanc quæstionem attingunt, *ad inscriptionem institutionum; in verbo Augustus.*

Atque hæc † hactenus *de Episcopis* ex professo dicta sint. Ubi quædam *de* 113
presbyteris quoque attigimus (de quibus etiam videri potest *can. ult. dist. 84.*) &
multa etiam *de aliis clericis*. Hi enim cum episcopis multa habent communia:
ut proinde nova doctrina hîc non videatur esse opus. Unde & Johannes Summista, *ad N. 6.* scribit: eadem ferè servari in clericis; quæ in episcopis. Varii autem gradus † & ordines sunt clericorum; qui infra episcopum: ut non solum 114
presbyteri, sed & *diaconi* utriusque sexus; & *subdiaconi*; & *lectores*; & *cantores*, siue
Psalmistæ, item *exorcistæ* & *ostiarii*; qui ferè iidem cum *adituis*. De quibus omnibus quinam sint, vel potius quinam fuerint (hodiè enim non omnibus utimur)
& quæ eorum sint officia; legere licet apud Isidorum *lib. 7. etymolog. c. 12.* & *can. 1. dist. 1.* item *can. 1. dist. 25.* Qui ex epistola quadam Isidori ad Ludifridum descriptus est. Videri quoque potest *can. clericum, & can duo sunt 12. q. 1. & c. 16. cum secundum. Ex. de præbend. & dignitat. & tit. decret. al. de vita & honestate clericorum.* Quædam tamen in cæteris clericis propria sunt: quibus ab episcopis separantur: ut est illud inprimis; quod clerici bona in clericatu acquisita; habent præcipua, quasi castrense peculium: & de illis bonis possunt liberè pro arbitrio suo disponere, tàm inter vivos, quàm in ultima voluntate: Quantumvis adhuc in patria sint potestate, *l. 33. Sacrosanctæ. C. de episc. & cler* Quod per novellas non est abrogatum quoad clericos, *N. 123. c. 19.* suo tantum quoad episcopos.

Differentia † autem non una, inter episcopos & cæteros clericos, notari 115
possit. Nam 1. episcopatus est modus tollendæ patriæ potestatis: clericatus non est. 2. clerici qui in clericatu acquirunt, habent ad instar peculii quasi castrensis. Quod non ita se habet in bonis episcopo acquisitis. His accedat tertia circa matrimonium in quo plus permittitur clericis, præsertim minorum ordinum, quàm episcopis. Est & quarta differentia circa tutelas & curationes à quibus omnino arcentur episcopi: clerici verò non indistinctè. Nam quasdam, si velint, intra certum tempus suscipere possunt; *de quo supra satis dictum.* Quintò differunt etiam quo ad ætatem; Nam in episcopo ad minimum requiruntur anni XXXV. ut in presbyteris quoque: (quanquam jure canonico sufficiunt XXX.) in cæteris vero clericis minor ætas sufficere visa est, ut in Diacono & subdiacono XXV. annorum, in lectore XVIII. *N. 123. c. 13. & Auth. presbyter. C. de episc. & clericis.* Cætera quæ huc pertinent facilè erit unicuique observare ex eorum relectione, quæ suprà de episcopis tradidi.

De † pœna autem clericorum, si desertores fiant, vel in aliam formam trãs- 116

Digitized by Google

eant, videatur *N.6.c.7. & N.57. c.1.* Item qua pœna afficiendi ſint clerici, ſi falſum teſtimonium dixerint, *vid.N.123.c.20.*

117 De *Diaconiſſis* † ut breviter abſolvam: primùm de vocabulo notandum, eâdem formâ Græcanica appellatam eſſe Diaconiſſam, quâ dixerunt *Baſiliſſam*, id eſt, reginam. Erant autem diaconiſſæ in primitiva Eccleſia, jam tum Apoſtolorum tempore, viduæ quædam anus honeſtæ quæ curam agebant pauperum & captivorum & peregrinorum, aliaque pietatis officia partim in Eccleſia, partim extra eam adminiſtrabant, de quibus vide Apoſtolum Paulum *1. ad Timoth. 5.* ubi *verſ.9.* diſertè prohibet diaconiſſarum catalogo adſcribi eam, quæ ſit minor L X. annis: & hanc ætatem probarunt etiam Imperatores Valentinianus Arcadius Theodoſius *in l.9. nulla C. de epiſc. & cler.* ubi manifeſtum eſt legendum ſexaginta, non, ut vulgò, quinquaginta annis, & ex eo etiam corrigendus eſt Johan. Summiſta *ad N.123* Sed Juſtinianus hic variavit. nam *N.6.* requirit ut diaconiſſa ſit circiter annorum quinquaginta: at *in N. 123.* putavit ſufficere annos quadraginta: unde ſumpta eſt *Auth. diaconiſſas, C. de epiſc. & cler.* Ratio cur tàm grandis ætas, olim quidem L X, poſtea L. tandem XL. annorum requiſita fuerit, illa procul dubio eſt: quia in juvenculis cùm ſaltet ſanguis, ut loquitur Johan. Summiſta, metuenda eſt laſcivia & libidinum impuritas: per quam religionis caſtitas contaminaretur: & nomen Divinum, cui diaconiſſæ inſerviunt, malè audiret. Interdicitur autem Diaconiſſis conſortio extraneorum virorum *N. 6.* ſicut clericis conſortio mulierum extranearum & epiſcopo prorſus omnium & quarumlibet *N.123.c.29.* Illud inprimis memoratu dignum eſt, quod Imperator conſtituit *N. 6.c.6. verſic qui verò earum, &c.* ſi quis diaconiſſam vel uxorem duxerit, vel corruperit, gladio animadvertendum eſſe, & in virum & in fœminam. Argumentatur ibi Imperator ab exemplo antiquarum virginum veſtalium: quarum apud Romanos pœna violatæ ſeu proſtitutæ pudicitiæ capitalis erat, nempe ut vivæ ſepelirentur. Cuius ſupplicii exempla extant apud Livium *maximè lib.8. c.15. in editione Gruteri,* & *lib.22.cap.57.* nec non apud Symmach. *lib. 9. in epiſtolis.* vid. & Juſt. Lipſ. *in tractatu de veſta & veſtalibus.* Sed miſſas faciamus diaconiſſas, utpote quibus hodiè non amplius utamur, quod Johan. Faber. quoque *in Breviario Cod.* obſervavit *ad d. Auth. diaconiſſas.* Imò jam olim in deſuetudinem abiiſſe videntur: quod in de colligo, quia & Johan. Summiſta, pro *diaconiſſis*, nunc *Abbatiſſas*, nunc *monachas* vocat, *ad N.6 & 123.*

118 Sunt & † aliæ perſonæ, quæ tametſi clericorum ordini non annumerentur, tamen inſerviunt Eccleſiis, & martyriis, & monaſteriis, aliisque domibus religioſis: quas tantum enumerabo, cum earum mentio fiat non ſolum in codice, ſed & in Novellis, & maximè *N.7.123. & 131.* De ſcriptio autem illarum & officia aliundè peti poſſunt: Sunt igitur iſti: *œconomi* (qui & *actores*, & *diſpenſatores Eccleſiarum* vocantur) *defenſores Eccleſiarum*, qui ſunt ipſarum advocati ſive patroni & procuratores: quibus valdè cognati ſunt *Apocriſiarii* vel ut alii *Apocriſarii*: *Xenodochi*, id eſt præfecti xenodochiorum, qui vulgò *magiſtri hoſpitalium*, ſive *hoſpitalarii*: *noſocomi* præfecti noſocomiorum, ſive locorum ubi curantur ægroti ſeu morboſi: *Gerontocomi*, id eſt, præfecti Gerontocomiorum, ſeu domuũ in qui-

in quibus ſenes refocillantur: *ptochotrophi*, id eſt, præfecti ædium, in quib. mendici aluntur: *orphanotrophi*, id eſt, præfecti ædibus, ubi enutriuntur pupilli, vel pupillæ parentibus orbati, vel etiam infantes expoſititii. His omnibus ex Cujacio *ad Nov. 7.* addere poſſumus etiam Lobotrophos, id eſt præfectos lobotrophiorum, ſiue talium domorum in quibus ſuſtẽtantur, manci, mutili claudi, aliisque corporis membris capti & ad laborandum debiles atque inepti. Sed, ut dixi, plura de his alibi cognoſcere licet, maximè apud Lexicorum ſcriptores & apud Cujac. *in Paratit. C. de epiſc. & clericis*, ubi etiam explicat, qui ſint *Chorepiſcopi*, *qui periodeutæ*, *& viſitatores*, *qui Paramonarii*, qui denique *Parabolani*. Non ſunt omittendi hîc etiam *arcarii* & *chartularii*: de quibus vide *l. 25. C. de SS. Eccleſ.* Poſtremò nec ſilentio prætereundi ſunt *Decani* & *Collegiati*: de quibus vide *4. C. de SS. Eccleſ. & Nov. 43. & 59.* ubi Cujac.

CAP. VIII.

De rerum ſacrarum differentia & jure, & quæ aut quatenus poſſint alienari aut obligari. Ad Novel. 7. 40. 46. 54. 55. 65. 119. 120. 131. & Novel. 67. c. 4.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Quàm latè hoc argumentum pateat.*
3 *Propoſitio & partitio capitis.*
4 *Prima capitis pars: quæ & quotuplices ſint res ſacræ.*
5 *Quo ritu inauguranda ſint templa, remiſſivè.*
6 *Quæ in ff. de conſecratione leguntur, ſecundùm ſanctiſſimum intelligenda ſunt.*
7 *Res ſacræ primaria ſpecies rerum divini juris ſunt:*
8 *Primum genus rerum ſacrarum; ædificia piis uſibus deſtinata.*
9 Thum *quaſi* dominica, & Kirch *quaſi* κυριακὸν.
10 *Secundum genus rerum ſacrarum; anathemata, imagines, menſa ſacra.*
11 *Tertium genus rerum ſacrarum; prædia, coloni, annona.*
12 *Res ſacræ, aliæ mobiles ſunt, aliæ immobiles.*
13 *Differentia juris inter res ſacras mobiles, atque immobiles.*
14 *Res ſacræ, aliæ directò ad cultum divinum ſpectant, aliæ per conſequentiam.*
15 *Abundantia opum degenerare fecit Eccleſiam.*
16 *Altera pars capitis: de jure rerum ſacrarum & de ſpeciebus alienationis permiſſis aut prohibitis.*
17 *Res ſacræ extra commercium ſunt.*
18 *Res ſacræ non facilè iterum profanæ fieri poſſunt:*
19 *Ampliationes regulæ, remiſſivè.*
20 *Ratio prohibitæ alienationis rerum ſacrarum:*
21 *Favores piarum cauſarum, remiſſivè.*
22 *De ſpeciebus alienationis.*
23 *Alienationes inter vivos.*
24 *Alienationes in ultimis voluntatibus.*
25 *Alienationem omnem emptionis verbo comprehendit L. XII. Tabb.*
26 *Ioannis ſummiſtæ diſtinctio inter jus vetus, medium & novum, refellitur.*
27 *Quid interſit inter conſtitutionem Leonicam in l. 14. c. de SS. Eccleſ. Anaſtaſianam in l. 17. d. t. & Juſtinianeam in Novel. 7. & 120.*
28 *De Authent. Hoc jus porrectum. C. de SS. Eccleſ.*
29 *Tertia pars capitis, ſeu ſuperioris diſtributionis, (de pœnâ illicitam alienationem facientium) per occaſionem interpoſita.*
30 *Emptori rei alienari prohibitæ adverſus vẽditorem actio de evictione datur: contra juris rationem.*
31 *Exceptiones prohibitionis alienationum rerum ſacrarum.*
32 *Prima exceptio, ex cauſa æris alieni.*

33 *Ratio exceptionis.*
34 *Secunda exceptio, ex causa redemptionis captivorum.*
35 *l. 21. c. de SS. Eccles. non tantum ad futuras causas pertinet.*
36 *Ratio exceptionis.*
37 *Tertia exceptio ob necessitatem famis.*
38 *Quarta exceptio; pro humandis fidelium reliquiis.*
39 *Quinta exceptio; si locus sacer cum alio loco sacro pradium permutet.*
40 *Sexta exceptio; si Ecclesiarem permutet cum Imperatore.*
41 *An Imperator pradia ab Ecclesiâ ex causâ permutationis accepta, in alium privatum transferre possit?*
42 *De solennitatibus in permissa alienatione rerum sacrarum observandis.*
43 *Prima solennitas.*
44 *Secunda solennitas.*
45 *Tertia solennitas.*
46 *De quibusdam alienationibus in specie: & nova propositio ac partitio translationis insequentis.*
47 *Donatio omnis rerum Ecclesiasticarum prohibita.*
48 *Vera lectio l. 14. C. de SS. Eccl.*
49 *Divisio rerum Ecclesiasticarum inter plures Ecclesias fieri non prohibetur.*
50 *Precaria de rebus Ecclesia fieri non prohibetur.*
51 *Libellaria in rebus Ecclesia est prohibita.*
52 *Libellaria quid differat à venditione.*
53 *Libellaria quid differat ab Emphyteusi.*
54 *Cur bona Ecclesia in precariam non etiã in libellarium concedi permittantur.*
55 *Pradia Ecclesiastica in Emphyteusin dari possunt.*
56 *Mutatio iuris circa hanc rem.*
57 *An Emphyteusis alicui concessa pro se & heredibus, &c. transeat etiam ad extraneos heredes?*
58 *Differentia inter civilem & Ecclesiasticam Emphyteusin.*
59 *Locatio ad longum tempus comparatur emphyteusi.*
60 *De pignorationibus rerum Ecclesiasticarum.*
61 *Distinctio inter hypothecam generalem & specialem.*
62 *Generalis hypotheca permissa: specialis prohibita.*
63 *Ratio differentia.*
64 *De Antichresi.*
65 *Antichresis iure civili approbatur, canonico improbatur.*
66 *Ecclesiam ob iustam causam pradia sub lege antichresis oppignerare potest.*
67 *Ecclesia non sunt immunes à solvendis tributis.*
68 *Fisco non pradiis sed pecunia numerata satisfaciendum etiam ab Ecclesiis.*
69 *Quanes Ecclesia nullo modo salvo alienari possint.*
70 *An bona Ecclesiastica iure possint à Laicis occupari, possideri, & ad alios usus transferri? remissivè.*
71 *De privilegiis quibusdam Ecclesia; maximè quatenus debitrix est.*

---

1 SUperioribus duobus capitibus diximus de personis sacris. Hoc caput rerum sacrarum tractationi destinabimus. Ordinis † ratio ad initium capitis sexti indicata est ex l. 2 ff. de statu hominum. Joannes hãc rationem continuationis *ad Nov. 7.* adsignat: quoniam providimus sanctis Ecclesiis circa officium clericorum, jam provideamus etiam circa res
2 earum. Quàm latè † verò hoc argumentum pateat, vel exeo satis intelligi potest, quòd non solùm in codice de illo proprius & benè longus extat titulus, inscriptus *de sacrosanctis Ecclesiis & de rebus & privilegiis earum*: sed etiam novem vel decem Novellis de eodem argumento agitur.

3 Videamus † summatim: I. quæ & quotuplices sint res sacræ. II. quo jure censeantur: sive quatenus alienari vel prohibeantur, vel permittantur: & quot species sint alienationis, vel prohibitæ vel permissæ. III. quæ sint pœnæ alienationem illicitam facientium.

4 De primò † sciendum est; res sacras esse, quæ Deo ritè sunt dedicatæ, sive conse-

Digitized by Google

consecratæ; sive, ut Ambrosius loquitur, initiatæ. *Ritè*, hoc notat; solenniter per Pontifices, & quidem publicè seu publica autoritate interveniente, non privatim § *sacræ. Instit. de rer. divis. l. 1. in pr. l. 6. §. 3. sacræ autem. & l. 9. sacra. in pr ff. de divis. rer.* Quo † autem ritu inauguranda sunt templa; ex jure Justinianeo 5
docetur *Nov. 5. c. 1. & Nov. 131. c. 7.* Secundùm quod † jus novissimum intelli- 6
genda sunt etiam hodiè, quæ in Pandectis & Instit. dicuntur de consecratione, sive dedicatione, per Pontifices facta: tametsi olim temporibus Jurisconsultorum, cùm ethnica religio per Imperium Romanum adhuc vigeret, longè aliter ea loca fuerint accipienda. Sunt igitur † res sacræ, una, & quidem princeps, 7
species rerum Jurisdivini. Sic enim eleganter partitur Gaius *in d. l. 1. de divis. rerum* Rerum aliæ sunt divini juris, aliæ humani. Res divini juris vel sunt verè ac propriè divini juris; ut res sacræ, & religiosæ: vel sunt quodammodò, sive quasi divini juris; ut res sanctæ: verbi gratia portæ & muri civitatum. Res humani juris subdividuntur in publicas; quæ ipsius sunt universitatis: & privatas; quæ singulorum sunt civium. Sed hoc loco tantùm de primi generis rebus, videlicet sacris explicamus. Tales sunt † primùm ipsæ *Ecclesiæ*, sive *ædes sa-* 8
cræ, sive *templa*; quæ & *Dominica* vocantur (unde † fluxit procul dubio Ger- 9
manica vox, Thum/ item Thumherr: sicut iidem Germani majores nostri vocabulum Kirch/ ex depravatione Græci nominis κυριακὴ deduxerunt.) Quò referenda sunt etiam *Martyria*, id est loca, in quibus conventus aguntur, ad Martyrum memoriam celebrandam: unde etiam talia loca appellarunt sancti patres, *Memorias*: ut ex Augustino observavit Cujacius *in Paratit. C. ad l. de SS. Eccles.* Item *Oratoria*, sive *Proseuchæ*; ut vocat Juvenalis: item *Basiliæ*; *monasteria* quoque, & *Asceteria*, hoc est, domus tàm monachorum, quàm sanctimonialium sive, ut vulgò mutilatè vocamus, monialium: Denique omnia loca & ædificia piis usibus destinata. verbi gratia colligendis, alendis, refocillandis & curandis pauperibus, orphanis, senibus, ægrotis, debilibus, mancis, & vitiosis: In summa quibus vis miserabilibus personis, quæ sibi ipsis sufficere non possunt, receptaculum præbentia. Secundò, † rerum sacrarum numero continentur *Do-* 10
naria, sive *Anathemata*: ut vasa & vestimenta sacra, quorum in faciendâ re divinâ usus aliquis est, sive quæ ad divinam religionem necessaria sunt: ut ait Imperator *in l. 21. sancimus nemini. C. de SS. Eccles.* Imò etiam, quæ tantùm ad ornatum ædium sacrarum cultusque divini pertinent. Huc referri possunt etiam *imagines* & *mensæ sacræ*; quæ in multis Ecclesiis, aut monasteriis scimus esse & aurea, & argentea, & gemmis pretiosis ornata. Tertiò † aggreganda quoq; 11
sunt rebus sacris, *prædia*, *agri*, *vineæ*, *prata*, *&c.* quæ ad Ecclesias, vel monasteria, vel alia pia ac religiosa, seu venerabilia loca pertinent sive illa sint urbana, sive rustica: item, *coloni & servi rustici*, per quos illa prædia exercentur, atque excoluntur: quæ proinde Julianus *in Epit. Nov.* eleganter vocat *veluti membra rerum immobilium*: Item *annonæ*, seu *panes civiles*, ut vocantur.

Ex his † quæ dixi apparet rerum sacratum alias esse mobiles alias immobi- 12
les. Mobiles sunt, vasa, vestimentaque sacra, & alia donaria: immobiles sunt, primum ipsæ Ecclesiæ, seu ædes sacræ, aliaque pia & venerabilia loca: deinde

Digitized by Google

prædia quibus & coloni annumerantur & ſervi, item annonæ & panes civiles. Nam & aliâs reditus annui, & alii cum rebus immobilibus computari ſolent.

13 Differentia † vero inter res immobiles & mobiles ſacras, illa eſt, quod illarum longè major ſit favor, quam iſtarum: qui favor etiam hoc efficit, ut multò difficiliùs alienatio illarum, quàm harum permittatur: *quod infrà docebitur ex Nov. 120. c. 10. & Auth. præterea. C. de SS. Eccl.*

14 Eſt & illa † notanda diviſio: quòd rerum ſacrarum aliæ directò & principaliter ad cultum divinum ſpectent; ut Eccleſiæ, monaſteria, &c. item vaſa & veſtimenta ſacra: aliæ verò per conſequentiam, ſive minùs principaliter eò referantur ut prædia, verbi gratia agri, prata, paſcua, vineæ, piſcinæ, & ſimilia.

15 Eſtque † notabile, quòd quantò magis abundare cœpit Eccleſia iſtis opibus externis & lati fundiis (ut loquitur Plinius) tantò magis degenerare cœpit: ut veriſſimè exclamaverit jam olim S. Bernhardus: *Religio peperit divitias, & filia devoravit matrem.* Tantum de primo huius capitis membro.

16 Sequitur alterum † de Jure rerum ſacrarum, & de ſpeciebus alienationis: vel permiſſis ac licitis, vel prohibitis atque interdictis.

17 Regula eſto: *Res † ſacræ, ſive mobiles ſint ſive immobiles, extra commercium ſunt: ſive, nullius in bonis: ſive, non recipiunt æſtimationem l. 1. in pr. verſic. quod autem divini l. 6. §. ſacræ. 2. & l. 9. ſacra. § ult. ff. ad. viſ. rer. l. 21. ſancimus. C. de SS. Eccl.* ubi Imperator regulam noſtram ſic effert: *Res quæ divini juris ſunt, humanis negotiis non ſunt illigandæ.* Cui conſequens eſt quòd regulariter neque alienari poſſint, puta per venditionem *l. 37. ade ſacra ff. de contrah. emt.* neq; in ſtibulatum deduci *l. 83. inter §. ſacram. 5. ff. de V. O. §. idem juris eſt. Inſtit. de inutil. ſtipulationis.* Neque obligari *d. l. 21 ſancimus. C. de SS. Eccl. & §. ſacræ. verſic. quæ etiam Inſtit. de rer. diviſ. Nov. 7. & Nov. 120.* concordat *tit. Decretal. libro 3. de rebus Eccleſiæ alienandis, vel non.* Videndus eſt etiam *in Decreto* totus diſcurſus, *cauſa 12. quæſt. 1. & 2.* Etſi

18 † autem aliàs facilè unaquæque res ad primam ſuam naturam revertitur: *l 27. ſi unus. §. pactus. verſic. quod in ſpecie. ff. de pact.* tamen in rebus ſacris, & Deo ſemel dicatis, atque initiatis ſecus eſt, ut non facilè ad profanam conditionem, in qua aliquandiu fuerunt, redeant. Nam, licet dirutâ æde ſacrâ, adhuc tamen ipſa area, ſeu fundamentum, ac ſolum eius, priſtinam retinet qualitatem ut ſcilicet ſacra res maneat *d. l. 73. de contrah. emt.* quam legem Papiniani laudat Imperator *in d. §. ſacræ. Inſtit. de rer. diviſ.* Eſtque hæc notabilis ampliatio regulæ noſtræ

19 ad quam † plures peti poſſunt ex Johan. Schneidewein *ad d. §. ſacræ. Inſtit. de rer. diviſ.* de quibus tamen hoc admoneo: quasdam illarum nō verè eſſe ampliationes, ſed potiùs pertinere ad pœnas eorum, qui res ſacras illicitè alienave-

20 rint: *de quibus infrà.* Ratio † autem, cur rerum ſacrarum prohibita ſit alienatio: eſt favor religionis, & piarum cauſarum: & ne cultus divinus impedia-

21 tur. Quàm multa † verò in favorem talium cauſarum recepta ſint jure ſingulari prolixè docet Andr. Tiraquellus *in tract. de privileg. piarum cauſarum, tomo quinto operum ſuorum*: tametſi illa privilegia non tàm multa ex jure noſtro, quàm ex Interpretum commentis deducta ſint: qui privilegia ſæpè præter rem accumulârunt.

Sed

Sed ut regula noſtra (cuius exceptiones paulò pòſt ſubjungam) tantò pleniùs intelligatur: ſpecies † alienationis breviter nobis commemorandæ ſunt. 22
Harum aliæ fiunt inter vivos; aliæ in ultimis voluntatibus. Inter vivos † fiunt 23
iſtæ potiſſimum: venditio, permutatio, in ſolutum datio, diviſio, donatio, in dotem datio, propter nuptias donatio, emphyteuſis; feudum, locatio ad longum tempus, libellarius contractus, ſive jus colonarium, precaria, tranſactio, nexus pignoris, vel hypothecæ. In ultima † voluntate fiunt iſtæ ſpecies: 24
Teſtamenti conditio, ſive heredis inſtitutio, legatum, fideicommiſſum, mortis cauſa donatio. *Vide l. ult. & ibi Dd. C. de rebus alienis non alienandis: & cap. 5. nulli ext. de rebus Eccl. alienandis, vel non. & Nov. 7. c. 1. verſic. alienationis autem nomen. & c. 5.* Dixi etiam de ſpeciebus alienationis *in partitionibus feudalibus, lib. 2. cap. 3. queſt. 17. cum ſeqq.* Addendum † eſt hoc quoque: legem XII. tabularum, 25
verbo emptionis omnem alienationem complexam fuiſſe, teſte Pomponio *in l. 29. ſtatu liberi. §. 1. ff. de ſtatu liber.* Quod autem † Johan. Summiſta *ad Nov. 7.* 26
diſtinguit inter jus vetus, medium, & novum: ac putat, jure veteri, hoc eſt, antequam ſuperveniret *lex 14. jubemus, C. de SS. Eccl.* quam ipſe vocat jus medium, & *Nov. 7. ac 120.* quam appellat jus novum) Eccleſiam potuiſſe res ſuas alienare, ſicut quilibet privatus: quia hoc non inveniatur prohibitum, ei nullo modo ad ſentiendum arbitror. Manifeſtè enim obſtant tot loca Pandectarum & Inſtitutionum: quæ res ſacras commercio exemptas eſſe voluerunt. Non igitur Leo Imperator *in l. 14. C. de SS. Eccl.* hoc jus primum introduxit: aut alius poſt eum Imperator; ut Anaſtaſius *in l. 17. privileg. C. eod. tit.* aut Juſtinianus, *d. Nov. 7. vel 120.* Quantum † verò interſit inter horum trium Imperatorum conſti- 27
tutiones de rebus Eccleſiaſticis non alienandis, breviter indicat Cujacius *initio Nov. 7.* Hæc autem eſt ſumma: Leonis quidem & Anthemii lex (quæ Leonina conſtitutio appellatur *in d. c. 5. extra. de rebus Eccleſiæ alienandis &c.*) ſpecialis fuit: quia tantùm pertinuit ad majorem Eccleſiam; eiusque bonorum immobilium alienationem prohibuit. Sed lex Anaſtaſiana porrexit illud jus etiam ad alias Eccleſias, quæ ſuberant Patriarchæ Conſtantinopolitano, vel in eadem urbe, vel intra eius territorium. Deinde eadem lege cautum fuit, ut aliarum Eccleſiarum res immobiles alienari poſſent: interveniente Decreto, ſive cum cauſæ cognitione, & monumentis actorum apud magiſtrum cenſus, vel magiſtratus, vel defenſores civitatum. Tandem Juſtinianus *Nov. 7.* Anaſtaſianam quidem conſtitutionem abrogavit. Leoninam verò legem & confirmavit, & in multis captibus ſupplevit: atque ad omnes omninò Eccleſias, in quibuscunq; locis, ac provinciis ſitas, imò ad quævis loca pia, & venerabilia produxit, ut ad monaſteria, ad Ptochotrophia, ad brephotrophia, & orphanotrophia, & noſocomia, ad gerontocomia, ad xenodochia: eorum prohibens alienationem, quãtumvis decreto, & actis intervenientibus factam. Atque † ex *h. Nov. 7.* & 28
partim ex *Nov. 120.* deſumpta eſt Auth. *hoc jus porrectum. C. de SS. Eccleſ.* quæ etiam Canonizatur *in can. 2. § hoc jus. 10. cauſa. q. 2.*

Pœnæ † porrò violantium illam conſtitutionem, aliæ pertinent ad ipſos 29
qui alienationem illicitam vel fecerunt, vel receperunt: aliæ reſpiciunt ad judices,

Digitized by Google

dices, qui talibus alienationibus consensum & autoritatem suam accommodarunt: aliæ denique ad tabellionem qui instrumenta super alienatione illicita confecit. Quales autem sint istæ pœnæ, quæ singulis irrogantur, videri potest non solùm *in d.l.14.C.de SS.Eccles* sed etiam *in d. Nov.7.in præfat §.ad hoc autem,& tabellionem,&c.5.cum duobus seqq* Permittit insuper Imperator, ut quilibet volens illicitam alienationem denunciare, effugiat calumniatoris & delatoris nomen: ut est *in Epilogo eiusdem Nov.7.versic.& licentiam præbens.* Denique
30 de pœnis videatur etiam Johan. Schneidewein *d. loco Instit.* Illud sanè † mirum est quod ex *d. Nov.7.* emptori rei alienari prohibitæ, detur adversus œconomum, vel alium venditorem, actio de evictione: cùm tamen constet, tàm emptorem quàm venditorem esse in malâ fide: & verò emptionem ipso jure nullam esse utpote contra leges factam, *d.l.14.jubemus.§.1.inf.C.de SS. Eccles. l.5.non dubium.C.de lib.* Sed fortasse dicendum eo duntaxat casu emptorem habere actionem de evictione, si bona fide emerit, ignorans videlicet qualitatem rei, quod sacra & proinde alienari vetita sit. Tametsi Accursius & Cujacius, etiam malæ fidei emptori, putent actionem hanc dari, quasi scilicet hoc ipsum etiam accedat ad cæteras pœnas œconomi illicitè alienantis, qui alias sui œconomatus administratione privatur. De cæteris pœnis præter *Nov.7.* videatur etiam *Nov.120.c.11.* Hactenùs de regula, eius que ratione, nec non de pœnis illicitam
31 alienationem facientium, vel recipientium vel scribentium. Nunc † videamus exceptiones, hoc est, casus aliquot quibus à jure permissa est rerum sacra-
32 rum alienatio. Primùm igitur † excipitur causa æris alieni. Nam si Ecclesia vel monasterium, vel alia venetabilis domus, gravetur fortè ære alieno, nec habeat unde satisfaciat creditoribus suis; potest non tantùm res sacras mobiles, sed etiam his non sufficientibus prædia sua vendere; atque expretio inde redacto solvere. *Nov 46.per totam,& Nov.67.§.quoniam contigit: & Nov 120.§.hoc etiam* super ipsi; (sed quod *prioribus duabus Nov* additur de decreto præsidis in ta-
33 li alienatione necessariò, id corrigitur *per d. Nov. 120.*) Ratio huius † exceptionis est quia religioni sic favendum est, ut tamen jus cuique suum tribuatur: & si privatis est turpe, æs alienum debere, nec solvere (quod Persę in rebus turpissimis numerare solebant: & in Psalmo quoque dicitur mutuabitur peccator & non solvet) quantò hoc ipsum turpius est Ecclesiæ? Secunda † ex-
34 ceptio est causa redemptionis captivorum. Nam ut redimantur captivi ab hostibus verbi gratia à Turcis, à Tartaris, aut Saracenis aliisve infidelibus, adeoque à quolibet legitimo hoste, licet vendere vasa, vel vestimenta, vel alia donaria sacra, imò etiam res immobiles Ecclesiarum. Hęc causa utroque jure approbata est. *vid.l.21.sancimus nemini.versic.exceptis videl: cet.C.de SS.Eccles.* De † qua
35 lege hoc est memorabile, quod Imperator eam valere jusserit non solùm in futuris negotiis (quibus aliâs regulariter leges formam dare solent; ut est in *l.7.C. de legib.*) sed etiam in illis, quæ tunc in judiciis pendebant Item, *Nov.7.c.8.vers. nisi tamen,& Nov.120.c.9.& 10.* Ratio † redditur *in d.l.21. in fin.* quoniam non
36 est absurdum animas hominum quibuscunque vasis, vel vestimentis præferri. Ubi notanda est figura, quam Rhetores vocant extenuationem: *nõ est absurdum,* id est,

id est, maximè congruum est rectæ rationi. Et cónsentit hoc cum dicto Christi, *Matth. 6. v. 25.* eodemque pertinet *caput 28. lib. 2. officiorum S. Ambrosii*: quod totum est pulcherrimum ad hanc rem: exeoque Gratianus sumpsit *can. 70. Aurum. 12. q. 2.* Defendit ibi se Ambrosius adversus calumnias Arrianorum à quibus reprehensus fuerat quod vasa sacra confregisset, ac pro redemptione captivorum impendisset: docetque illustri apologia, se rectè fecisse: quia multò sit commodiùs, ut anima domino quam aurum servetur & melius sit vasa viventium (hoc est, corpora hominum) servare, quàm metallorum. Huic facto simile est exemplum Acacii Episcopi Amideni: qui ob causam eandem redemptionis captivorum conflavit omnia vasa aurea & argutea, suisque clericis palàm edixit: *Deus noster, neque discis eget, neque poculis: Neque enim vel comedit, vel bibit: quandoquidem nullius rei est indigus.* Videatur Socrates *lib. 7. histor. Eccles. c. 21.* ubi hoc quoque est notabile. quòd captivi illi quos redimebat Acatius erant Persæ à Romanis capti: & quòd Rex Persarum, qui à fide Christianâ alienus erat, summâ admiratione illius Episcopi ductus & videndi eius desiderio accensus fuerit: sicut & permissu Imperat Theodosij ille se ad regem contulit. Tertia † est exceptio: licere alienare res sacras ob necessitatem famis, sive propter alimoniâ pauperum. *d. l. 21. & Ambros. d. c. 28.* Ubi etiam alia † additur exceptio, quæ nobis sit quarta: videlicet, pro humandis fidelium reliquiis: hoc est, si nihil aliud sit unde sumptus funeris fiant quem tamen casum rarum esse puto, & proinde vix in considerationem venire *arg. l. 3. & trium seqq ff. de legib.* 37 38

Quinta † exceptio est si Ecclesia prædium suum cum Ecclesiâ, vel alius locus religiosus cum alio item religioso permutaverit, causâ cognitâ & aliis debitis solennibus observatis *Nov. 54. cap 2.* unde sumpta est *Auth. item sibi invicem. C. de SS. Eccles.* Idemque repetitur etiam *Nov. 120. c. 7.* Ratio est, quia in tali permutatione nullum est metuendum Ecclesiæ damnum, quod ab aliis fortè impenderet. 39

Sexta † exceptio est si Ecclesia rem permutet cum Imperatore: *Nov. 7. c. 2. §. 1* unde sumpta est *Auth. sed & permutare. C. d. tit.* Ratio est quia hoc quoque casu indemnitas Ecclesiæ servatur, utpote cui res æquivalens, vel etiam major, melioréque ab Imperatore detur, quam is acceperit. Deinde etiam communis utilitas, sive commoditas tàm Ecclesiæ, quàm Imperii hîc versatur, *d. cap. 2. Nov. 7.* 40

Sed † quæritur num Imperator prædia illa quæ ex permutatione cum Ecclesia facta accepit, in alium transferre hominem privatum deinde possit? Et quidem olim non poterat *Nov. 55. §. de vetero autem sancimus*: Hodiè verò potest, *per Nov. 119. §. legem verò*, ubi d. Novellæ quinquagesimæ quintæ in eo derogatur. De pleris que harum exceptionum videri etiam potest Cujacius *ad Nov. 7.* 41

Notandum † tamen, etiam illis casibus, quibus permissa est alienatio rerum Ecclesiasticarum & similium sacrarum, certas esse jure civili præscriptas solennitates, quas in alienando observare oporteat: verbi gratia. Primùm † ut non statim procedatur ad rerum immobilium alienationem: sed potiùs initium fiat, à mobilibus & vasis superfluis, & minùs necessariis. *Novell. 120. c. 10.* idque etiam Johan. Faber. annotavit *ad Authen. hoc jus porrectum. n. 38. in Breviario. C.* 42 43

Digitized by Google

44 Secundò, † prædia venalia proſcribenda ſunt per 10. dies, & ſub haſtâ vendenda ideſt ut qui plus pretii obtulerit cæteris præferatur *d. Nov. 120.* Quæ tamen ſolennitates juris civilis mutatæ ſunt per jus canonicum, & conſuetudinem: & jus canonicum magis hìc obſervatur: ut teſtantur Azo *in comment. C. ad d. Authen. hoc jus. C. de SS. Eccleſ.* & Johan. Faber *ad eandem Auth. d. n. 38.* Quibus accedat ex recentioribus Modeſtinus Piſtoris *conſil. 40 n. 54. & conſil. 54. n. 16. vol. 1.* vide etiam Socinum: *in tract. juris de Fallentiis regularum, regula 110.* Tertiò

45 † hoc quoque obſervandum: quibuscunque modis & caſibus aliàs licita eſt rerum ſacrarum alienatio: tamen eam fieri non debere in perſonam œconomi, vel orphanotrophi vel ſimilium; neq; in eorum cognatos: ſive id fiat per ipſos, ſive per interpoſitam aliquam perſonam in fraudem legis. *Nov. 120. c. 5. §. 1. & c. 7. §. 1. verſic. œconomis verò:* unde ſumpta eſt *Auth. quibuscunque. C. de SS. Eccleſ.* cui ſimile eſt quòd neque tutor admittitur ad emptionem rerum pupilli ſui, *l. 34. ſi in emptione, §. ult. ff. de contrah. empt.* & quòd aliàs quoque non licet ex officio quod quis adminiſtrat emere quid vel per ſe, vel per aliam perſonam: quod ſub pœna quadrupli prohibitum eſt, per Imperatores Severum & Antoninum; etiam procuratori Cæſaris. *l. 46. non licet, & l. 62. quæ officii. ff. de contrah. empt. l. 1. C. de contract. judic. l. 33. principalibus. ff. ſi cert. pet.* Quorum omnium eadem, & communis eſt ratio, quia ſi in hos alienatio fieri permitteretur, ſtudio utilitatum, propriarum facilè læderentur qui ipſorum curæ ac fidei ſunt commiſſi, & quorum utilitates atque commoda etiam propriis ac ſuis anteponere debent.

46 Sed † operæpretium eſt hoc loco ſpecies quasdam alienationis rerum Eccleſiaſticarum & ſimilium ſeorſim attingere. Nam quæ notabiliter fiunt, illa ſi non ſpeciatim explicentur, vocantur neglecta, ſive præterita: ut ait Ulpianus. *l. 15. item apud Labeonem §. hoc edictum. in fine. ff. de injuriis.* Dicam ergò breviter de Donatione, de Diviſione, de Precaria & Libellaria, de Emphyteuſi, & de pignoratione, atque Antichreſi rerum Eccleſiæ: quarum alienationum quædam ſunt prohibitæ, quædam permiſſæ, certis tamé conditionibus obſervatis. Poſteà dicam, quænam res nullo modo alienari queant, ne quidem caſibus aliàs exceptis. His adjungam quæſtionem magni momenti, liceátne laicis bona Eccleſiaſtica occupare, & ad alios uſus, quam quibus initio deſtinata fuerant, convertere. Tandem ſub finem capitis attingam etiam pauca de aliis Eccleſiarum privilegiis.

47 Primò, ad Donationem † quod attinet rerum Eccleſiaſticarum, ea omninò prohibita eſt. *l. 14. jubemus. verſ. ſcienter. C. de SS. Eccleſ. Nov. 7. & 120.* Adeò ut ne quidem remunerandi gratia res ſacræ donari poſſint cum tamen aliàs remuneratoria donatio valdè ſit favorabilis, & multa habeat propria, quæ non ſunt in ſimplici donatione. Eſt enim obligatio ad antidora, naturalis: *vulg. l. 25. ſed & ſi. §. conſului. ff. de petit. hæredit.* & antidora potiùs continent pretia, ac mercedes, quàm liberalitatem. *l. 19. hoc jure utimur. §. 1. & l. 27. Aquilius Regulus. ff. de donationibus.* Sed in bonis Eccleſiaſticis hoc totum non attenditur: nullaque occaſione licet ea donare: ne quidem referendæ gratiæ, ſive ad viciſſitudinem beneficii

48 colorati. Ita † enim legendum monet Cujacius, *in d. l. 14. colorati*, inquam: propter

propter colorem ſcilicet quæſitum donationi ubi vulgò legitur, *collocati*: quanquam etiam *collocatum beneficium*, eleganter Latini dicunt.

Secundò, Diviſio † prædiorum Eccleſiaſticorum interplures Eccleſias fieri non prohibetur. *d. l. 14.* quod per Juſtinianum quoque in Novellis non eſt mutatum. Etſi enim diviſio alias eſt ſpecies alienationis, non minùs quàm emptio, venditio, vel permutatio: ut docetur *ad tit. juris, de prohib. feudi. alien. per Fridericum, lib. 2. Feudorum*: tamen hoc caſu non eſt alienatio, teſte Cujacio *ad Novel. 7.* 49

Tertiò, precaria quoque † ſive ceſſio uſusfructus, ut Leo Imperator vocat *in d. l. 14.* in bonis Eccleſiaſticis fieri non prohibetur. *d. l. 14. verſic. ſanè ne omnis. & Nov. 7. § ſi quis autem voluerit.* Eſt autem precaria, quando res Eccleſiaſtica immobilis datur homini locupleti ſub lege utendi fruendi: vel ad vitam accipiẽtis, vel ad aliud tempus, quo finito res pleno jure ad Eccleſiam redeat. & ut accipiens mox aliam rem immobilem æquivalentem, & quæ tantundem, ſi non amplius, fructuum proferat, Eccleſiæ pleno jure concedat. Ex qua deſcriptione intelligitur, quantum inter *precarium*, & *precariam* interſit. Plura hac de re videri poſſunt apud Cujacium *lib. 1. Feud. ad tit. 5.* & apud Hotoman. *in Lexico Feudali.* Dixi etiam *in partitione feudali, lib. 1. cap. 2 q. 9.* 50.

Quartò, Libellaria, † (quæ & *Libellarius contractus*, & ab Imperatore *jus περοικικὸν* ſive *jus colonarium* vocatur) prohibita eſt fieri in bonis Eccleſiaſticis. *Nov. 7. § lex itaque. verſ. quidam enim dudum.* Eſt autem Libellaria venditio quędam, libello ſive ſcripturâ interveniente facta: non ſolùm certo conſtituto pretio (quod alioquin in omni venditione fieri oportet) ſed etiam certâ penſione in annos ſingulos: & plerunque hac additâ lege, ut contractus ſtato condictoque tempore renovetur, denuò numerato pretio eoque vel certo, vel arbitrario. Ex qua deſcriptione ſatis apparent differentiæ hujus negotii; tùm à vulgari † venditione, (quam conſtat etiam ſine ſcriptura fieri poſſe: nec renovari neceſſe eſt: & quæ non habet annuam penſionem) tùm † ab Emphyteuſi: cum qua tamen propter annuam illam penſitationem plus habet affinitatis: ſed in pluribus etiam differt; verbi gratia I. Libellaria quamvis non mutato poſſeſſore ſed eodem manente, tamen renovanda eſt ſtatis temporibus: Emphyteuſis verò non renovatur niſi poſſeſſore mutato. II. in renovandâ libellariâ plus datur, quàm in Emphyteuſi, quæ tantùm quinquageſimam partem pretii requirit; ut eſt *in l. 3. verſ. & ne avaritia. C. de jure Emphyteutico.* III. Libellaria non habet additam legem meliorationis, quæ eſt in Emphyteuſi: ut notum eſt *ex §. adeò. Inſt. de locat. & cond. & tot. tit. ff. ſi ager vectigalis. & 1. C. de jure Emphyt.* IV. libellaria fit in perpetuum: Emphyteuſis aliquando etiam temporaria eſt. *l. ult. ff ſi ager vectig. &c.* V. In libellaria locus eſt commiſſo poſt biennium, ſi quis tanto tempore ceſſet in ſolutione penſionis. In Emphyteuſi poſt triennium: nempe ſi Emphyteuſis civilis ſit. Nam in Eccleſiaſtica, etiam biennij ceſſatio ſufficit ad expellendum, ſuoque jure privandum Emphyteutam: ſicut etiã conductor ob eandem cauſam expelli poteſt *l quæro. 54 §. 1. & l. 56. cum domini. ff. locati.* V. I. ex contractu libellario rem poſſidens, poteſt eam vendere, in conſulto 51 52 53

Digitized by Google

licet domino, à quo rem sub hac lege accepit: sed Emphyteuta cogitur adhibere
54 consensum domini: ut traditur *in l. ult. C. de jure Emphyt.* Ex his † simul intelligitur, quare bona Ecclesiastica prohibeantur in libellariam concedi sed in precariam permittantur. Nimium enim læderetur Ecclesia per istiusmodi negotium sed per precariam melior ac pinguior ipsius conditio redditur: cùm & datum prædium recuperet extincto usufructu, & insuper aliud æquivalens statim adipiscatur.

55 Quintò, † de Emphyteusi sciendum, prædia Ecclesiastica non prohiberi in Emphyteusin concedi. *d. Nov. 7 & Nov. 120.* potest inquam, vel Episcopus, vel Abbas, vel œconomus prædium Ecclesiæ, vel monasterii, vel alterius venerabilis loci, alicui dare sub lege meliorandi, & excolendi illud, & pro annua pensione, quæ *Canon* appellatur. Hic enim est contractus Emphyteuticus Sed
56 hîc mutatio † Juris observanda est: nam olim non licebat prædia Ecclesiastica in perpetuam Emphyteusin tradere, sed constringebatur hæc res certis quasi limitibus personarum accipientis videlicet ipsius, & duorum duntaxat successorum ex filiis aut nepotibus primi adquirentis. *Nov. 7. §. Emphyteusin autem.* Hodiè verò etiam in perpetuum extendi potest Emphyteusis Ecclesiastica: & hoc jure utimur. *ex Nov. 120. §. licentiam.* Tantum excipit ibi Imperator majorem Ecclesiam, Constantinopolitanam, & loca religiosa quæ in illa urbe regia vel in territorio ipsius sita erant. Sed hæc limitatio nihil ad nostros mores. Johannes quidem hæsitanter scribit *in Novell. 7.* ubicunque in ea mentio fiat, quod non possit perpetua fieri Emphyteusis semper corrigi *per d. Nov. 120.* vel quod ibi dicitur perpetuam fieri posse, id exponendum esse secundum *Nov. 7.* usque in tertiam generationem, vel quam diu pensio, sive reditus præstetur. Sed verior est aliorum sententia, & communior, simpliciter tenentium per *Nov. 120.* ut posteriorem hac in re corrigi *Novellam 7.* tanquam priorem; inter quos & Cujacium esse video *ad Nov. 7* ubi & alia multa præclarè explicat quæ ad Emphyteusin Ecclesiasticam pertinent, quibus velim adjungi, quę Jul. Clarus diligentissimè ex variis Dd. collegit, *in §. Emphyteusis*, maximè *quæst. 28.* ubi
57 *num. 6.* gravissimam hanc quæstionem † examinat, an Emphyteusis Ecclesiastica simpliciter alicui concessa *pro se & heredibus*, non addito *ex corpore ipsius natis, &c* transeat etiam ad extraneos heredes: de qua quæst. diversas Dd. opiniones refert: nam alii ajunt alij negant: concludit tandem *num. 7. versic. quidquid tamen*, magis communem esse negativam sententiam: cum qua & ipse transit, quod scilicet Emphyteusis Ecclesiastica concessa alicui *pro se & heredibus*, sive cum solennitatibus debitis, sive sine illis, nunquam transeat ad extraneos heredes: nisi in ipsa investitura seu concessione, expressè fuerit etiam extraneorũ heredum facta mentio: vel nisi talia apposita sint verba, quæ hoc ipsum importent. De amissione seu privatione Emphyteusis Ecclesiasticæ ob non solutum canonem intra biennium, jam supra obiter dixi, cum discernerem libellariam
58 ab Emphyteusi, differentia quinta. Et hac in re differt † Emphyteusis Ecclesiastica à civili, seu ut Cujacius vocat, à pagana: in hac enim ut emphyteuta expelli possit, triennij cessatio requiritur. *l. 3. C. de jure Emphyteut.* Quibus autem

præterea

præterea in rebus differant ambæ hæ ſpecies Emphyteuſeos, ex Jul Claro peti poterit *d. loco.* & ab aliis, qui vel ab ipſo, vel ab eo, qui additiones fecit ad eundem laudantur auctores. In eò ſanè nulla eſt differentia inter Emphyteuticarium Eccleſiaſticum & paganum, I. quod uterque etiam propter abuſum ac deteriorationem rei expelli poteſt, ſi in prædio emphyteutico malè ac diſſolutè verſetur. *Auth. qui rem. C. de SS. Eccl.* II. quod expulſo ob talem cauſam, nulla datur deductio, vel petitio meliorationum, ſive emponematum.

Sed Emphyteuſin jam omittamus: ubi hoc tantùm attigero, Interpretes cum ea vulgò ferè comparare † locationem ad longum tempus factam, quæ etiam 59
jus in rem transferri putant, de quo illius locutionis effectu, quid ſentiendum ſit, videri poteſt apud Arium Pinellum *in comment. Cod. de bonis maternis.*

Transeamus † ad pignorationes rerum Eccleſiaſticarum, quæ neque ſim- 60
pliciter ſunt prohibitæ, neque indiſtinctè permiſſæ. Nam diſtinguendum † eſt 61
inter Hypothecam generalem omnium bonorum, & ſpecialem certæ rei nominatim obligatæ: quæ diviſio alias quoque in toto jure celeberrima eſt: ac ſæpè fit, ut etiam utraque conjungatur in eodem inſtrumento: verbi gratia oppignoro tibi domum meam pro mille florenis mutuo mihi datis, etſi contingat in illam ſummam non ſufficere hypothecam, ut me non ſolvente inde poſſis tuũ, quod abſit, conſequi, inſuper & cætera mea bona omnia tibi oppono ea lege ut paratiſſima & expeditiſſima quæque perſequi poſſis. *l. 2. & ibi Accurſ. C. de pignor. & hyp.* Jam † de Eccleſiaſticis bonis ita jus eſt, ut generalis quidem hy- 62
potheca omnium bonorum ſit permiſſa; ſpecialis verò prohibeatur. *Nov. 7. §. nos igitur.* Et quidem adeò, ut creditor qui res ſpeciali pignore vel hypothecâ ſibi obligari curaverit, vel paſſus fuerit jus crediti amittat. *Authent. qui res. C. de SS. Eccleſ.* Ratio † differentiæ inter generalem & ſpecialem hypothecam, 63
cur hæc facilius, quàm illa permittatur in rebus Eccleſiaſticis, eſt quia ſpecialis magis obſtringit & afficit rem, quàm generalis. *arg. l. 1. in pr. ff. de pignor. & hypothec.* unde etiam fit ut qui ſpecialem hypothecam habet, non antè poſſit perſequi aliquas res ex generali, quam excuſſerit vires ſpecialis hypothecæ: ut reſcripſerunt Impp. *in l. 2. C. eod. tit.*

Reſtat † ex ſuperiori diſtributione noſtra, ut eam de Antichreſi pauca at- 64
tingamus. Eſt autem Antichreſis (quaſi dicas *mutuus uſus pignoris*) nihil aliud, quàm pactum pignori adjectum, ut creditor illo utatur fruatur, invicem ſeu loco uſurarum. Hoc genus † pacti, ſive negotii, jure quidem civili approba- 65
tur, ut videre eſt *in l. 11. ſi us qui bona. § ſi antichreſis. ff. de pignor. l. 33. ſi pecuniam. ff. de pignor. act. l. 14 ſi ea pactione: & l. 17. ſi ea lege. C. de uſur.* Idque etiamſi fructus ex pignore percepti ſuperent legitimum modum uſurarum præſcriptum ab Imper. *in l. eos 26. C. de uſur.* Sed jure Canonico non minus improbatur Antichreſis, quàm ipſum pactum uſurarum. *c. 1. & 8. extr. de uſur.* Sed † Eccleſia jure Juſti- 66
nianeo poteſt ob cauſam neceſſariam, puta ut fiſco debita tributa ſoluat (notandum hîc, † contra exemptionis patronos, Eccleſias quoque non eſſe im- 67
munes à ſolvendis tributis, ſicut neque ab aliis quibusdam muneribus ad utilitatem Reipubl. pertinentibus, ut ſunt inſtructiones itinerum, pontiumque.

L7. C. de SS. Eccles.) vel ob similem vicinitatem prædia sua sub lege Antichreseos pignorare: veruntamen ita, ut creditor, qui verbi gratia mutuam dat Ec-
68 clesiæ pecuniam, unde fisco tributa sua soluat (nam fiscus † prædiis in solutum acceptis, non patitur sibi satis fieri, sed paratam pecuniam semper exigit, etiam ab Ecclesiis: quod & doctissimus Cujacius notat *ad Nov 7.*) non omnes fructus percipiat, ac lucretur pro usuris, sed duntaxat usque ad partem quartam centesimæ: id est quatuor pro centum: quod supereſt ex fructibus hoc minuat sortem *Nov. 120. cap. 4.* Quæ differentia inter Antichresin Ecclesiasticam, & civilem, probè notanda est introducta à legislatore in favorem Ecclesiæ & religionis. Atque hactenus de insignioribus aliquot speciebus alienationis vel obligationis rerum sacrarum dicta sufficiant.

69 Nunc cætera videamus: & proximo quidem loco, quæres † nullo mŏdo casúve alienari possunt. Talia sunt I. prædia quæ ab Imperiali domo ad Ecclesiam pervenerunt, hoc est quæ Imperator Ecclesiæ donavit, vel cum eâ permutavit, vel alio titulo ei concessit. Hæc adeò sunt prohibita alienari, ut ne quidem aliam in Ecclesiam ulla ex causa transferri possint *d. Nov 120.* II. prædia quæ hac lege adjecta, ne alienentur Ecclesiæ sunt relicta. III. templa ipsa, item monasteria illa in quibus sacra fit liturgia. (sic vocant Græci, quam Latini *Missam* sive *officium Missæ*,) hoc est, quando leguntur sacræ literæ & ineffabilis communio, sive sacramentum corporis & sanguinis Domini, populo administratur. Hic notandum est: olim non in omnibus monasteriis solitas fuisse missas fieri. Quare talium, in quibus non fierent, permissa fuisse videtur alienatio, in casu necessitatis: nam prohibitis certis quibusdam, videntur permissa cætera. *arg. l. 12. prætor. ff. de judic. & arg. l. qui accusare 12. ff. de accusat.*

70 Sequitur illa † maximi momenti quæstio: An bona Ecclesiastica possint à Laicis occupari, possiderique & ad alios usus, à prima initiatione diversos trãsferri? De qua ne sim justo longior, satis jam sit auditores remittere ad ea, quæ tradidit Johan Schneidewein *ad §. sacræ. prope fin. Instit. de rerum divisione.* nec non ad Petrum Peccium *in comment ad reg. juris Pontificij, in cap. semel Deo.*

71 Postremò † cùm illa prohibitio alienationis rerum Ecclesiasticarum de qua hucusque egimus, in favorem Ecclesiarum, aliorumque religiosorum locorum facta sit: & illustre illarum privilegium complectatur: non abs re foret hic de aliis quoque piorum locorum privilegiis nonnihil dicere: ut est inprimis illud de præscriptione: de qua agitur *in l. ut interdum. 23.* cum *Auth. quas actiones. C de SS. Eccles.* quæ desumpta est *ex Nov. 131.* sed de ea commodius explicabimus *infrà sub. cap. de præscriptionibus.* Est & hoc non contemnendum privilegium, quod Ecclesiæ debitrici concessum est: nam primò Ecclesia tantum quadrantes usuras præstat, cum alii creditores debeant graviores. Secundò Ecclesia si non inveniat emptorem prædii, quod vellet vendere, ob causam æris alieni, dat illud creditori suo in solutum, & quidem decima parte ampliùs æstimatum, quàm revera est eius pretium: verbi gratia si prędium revera dignum sit centum aureis, ipsa id æstimat centum & decem, atque ita in solutum dat creditori, qui & cogitur illud sic accipere. Sed alii debitores non invenientes em-

ptorem,

Digitized by Google

ptorem dant rem in solutum vero pretio, neque cogitur creditor, à quo quam pluris rem accipere. *Nov. 4.* de qua insigni Novellâ aliàs ex professo dicendi locus dabitur. Tertiò, Ecclesia dat in solutum prædia, non quæ creditor cuperet accipere, sed quæ ipsa elegerit mediocria. Alii vero creditores in solutum accipiunt quæ ipsi malunt prædia debitoris, etiam pretiosiora (intellige dummodo ne nimis delicatè agant.) Atque ex his omnibus liquet, ubique meliorem, & leviorem, & faciliorem esse conditionem Ecclesiæ debitricis, quàm aliorum debitorum excepto eo casu, quando negotium est Ecclesiæ cum fisco; nam fiscus pari & æquo jure cum Ecclesia, & cum quolibet privato possessore agit.

FINIS PRIMÆ PARTIS.

PARS SECVNDA:

DE JURE PUBLICO HUMANO.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.* | 2 *Ordo sequentium.*

HUNC DEMÙM † feliciter procedunt humana, cùm præcesserint 1
divina. Igitur absolutâ hactenus priore juris publici parte, quæ in sacris & sacerdotibus constitit; proximum jam est, ex partitione superius traditâ ut de alterâ quoque agamus quæ circa leges & magistratus versatur. Scitum est autem illud vetus: legem esse magistratum mutum, & magistratum esse legem loquentem: unde & ipsum jus honorarium sive prætorium viva vox juris civilis dicitur, *in l. 8 ff. de Inst. & jur.* quomodò & principes Philosophorum dixerunt, magistratum, legis esse custodem. Cumq; † se- 2
cundùm leges præesse & imperare magistratus debeat, in quas etiam jurat, ut infrà docebitur: priùs de legibus ipsis pauca dicam, velut de norma ac regula imperandi & judicandi: deinde de magistratibus.

CAP. I.

De Legibus & mandatis principum, & sacris formis.

SUMMARIA.

1 *De naturâ & conditione legum, remissivè.*
2 *De officio & scopo legislatoris, loci insignes Novellarum.*
3 *Encomia Iustitiæ & partim etiam clementiæ ex Novellis.*
4 *De auctoritate legum, ex Novellis.*
5 *Leges Iustiniani etiam in Africa valere iubentur.*
6 *Leges ad præterita trahi sæpè voluit Iustinianus.*
7 *Leges pendente appellatione abolitæ aut mutatæ, adhuc in sententia appellationis sequendæ sunt.*
8 *Quomodo accipiendum illud; quod Leges non dedigentur sacros canones imitari: contra abusum Pontificum, & canonistarum.*

9 *Leges*

Digitized by Google

9 *Leges executioni mandandæ, earumq; violatores puniendi.*
10 *De Legibus loci quidam illustres ex aliorum Impp. Novellis.*
11 *De mandatis principum, loci Novellarum insignes.*
12 *Quæstor olim, is hodiè Cancellarius.*
13 *Sacrarum formarum nomine indigitatur etiam ius qui præfectus prætorio condidit.*
14 Sacra *aliquando absolutè & substantivè capitur, pro sacra iussione aut formâ.*
15 *De pragmaticis sanctionibus, remissivè.*
16 *Quomodo intelligendum illud Novellæ 1. in fine: Lex neminem in paupertate vivere, neq; mori in anxietate permittit.*
17 *Leges debent spectare, non tam quid singulis privatim, quàm quid in commune prosit omnibus.*

---

1 PRincipiò hîc repeti possunt, quæ de † naturâ & conditione legum, ex Novellis tàm Iustiniani, quàm aliorum Impp. diligenter collegimus *suprà in prolegomenis cap. 3.* ubi ostendi ex hac ipsa mutabilitate legum & rerum humanarum Novellas suam traxisse originem. Illis igitur omissis, nunc cætera quæ huc pertinent in Novellis delibabimus.

2 Cumque † Iustinianus aliquot locis de officio & scopo legislatoris præclarè disserat, sicut & de iustitia atque clementia: initiò hic illa sub unum adspectum proponam, quò magis videlicet legâ dignitas ac necessitas eluceſcat. Sic igitur primo Imperator de seipso & de assiduis suis curis in Legibus ferendis & in republicâ gubernandâ *Novel. 7. in pr. unam intentionem hanc specialiter proponimus, quicquid prius imperfectum aut confusum videbatur, hoc & expurgare & perfectum ex imperfecto declarare. Quod etiam in omni legislatione facientes, credimus oportere priores omnes leges & renovare & emendare, & quod deest adnicere, & quod superfluum est abscindere.* Cui loco similia sunt quæ habet Imperator Leo *in proœmio Novellarum suarum: itemque Novel. 1. & aliis.* Sic idem Iustinianus *init. Nov. 8. omnes*, inquit, *nobis dies ac noctes contingit cum omni lucubratione & cogitatione degere semper volentibus, ut aliquid utile & placens Deo à nobis collatoribus præbeatur: & non in vanum vigilias ducimus, sed neiusmodi consilia eas expendimus, pernoctantes, & noctibus sub æqualitate dierum utentes, ut nostri subiecti sub omni quiete consistant solicitudine liberati: nobis in nosmetipsos pro omnibus cogitationem susceipientibus. Per omnem namq; curiositatem & inquisitionem subtilem discurrimus: illa agere cupientes, quæ veritatem nostris subiectis introducendo, omni eos onere liberent & omni damno extrinsecus illato, &c.* Sic idem Imperator *Nov. 77. in pr.* studium, votum, & scopum legislatoris luculenter describit, ad hunc modum: *omnibus hominibus, qui rectè sapiunt, manifestum esse putamus, quia omne nobis est studium & oratio, ut crediti nobis à Domino Deo benè vivant, & eius inveniant placationem: quoniam & Dei misericordia non perditionem, sed conversionem & salutem vult: & delinquentes, qui corriguntur, suscipit Deus, &c.* Quem scopum legislatori propositum esse, beatitudinem videlicet civium, ipse quoque agnovit Cicero. Sic *initio Nov. 80. Semper* (inquit Imperator) *cum Dei auxilio omnem facimus providentiam, ut subiecti, ab eius clementiâ traditi nobis, illæsi serventur. Itaque & leges ponimus, omnem eius curantes iustitiam: & quod paulatim labitur* (intellige, in deterius) *reparare festinamus: insuper etiam administrationes invenimus, quæ castigantes quod inhonoratum est, mediocria faciunt delicta, &c.* Similiter *Novell. 85. pr.*

Scopum

Digitized by Google

scopum legislatoris ita nobis proponit: *Magnum Deum & Salvatorem nostrum* JESUM CHRISTUM, *& eius auxilium specialiter invocantes, studemus omnes subiectos nostros, quorum regimen credidit nobis Deus, illæsos & sine calumniâ custodire: & inhibere bella quæ per suam considerationem suscipientes adversus alterutros, operantur dolores: duplex ex hoc contra se supplicium inferentes*, tàm quod sibimet inferunt, quàm quod *ex legibus vesaniam eorum punientibus patiuntur.* Sic *Nov. 86. in pr. Ex quo nos Deus Romanorum præposuit imperio, omnè habemus studiũ universa agere ad utilitatem subiectorum commisse nobis à Deo reipub. & illa facere, quæ omni difficultate & læsione atque contritione privent: ne occasione litium & aliorum quorundam discedere cogantur à propriâ patriâ, & in peregrinis affligi.* Cum quo principio conferendus est locus *in eadem Nov. c. 6.* unde notandum est, quid fieri soleat, & quot quantaque sequantur incommoda, ubi homines suum obtinere nõ possunt. Sic piè admodum religiosissimus Imperator principium, medium, & finem suarum legum constituit spem in Deum. *Nov. 109* his verbis: *unam nobis esse in omni nostræ reipub. & imperii vitâ in Deo spem credimus; scientes quia hæc nobis & animæ & imperii dat salutem: unde & legislationes nostras inde pendere competit, & in eam respicere, & hoc eis principium esse, & medium & terminum.* Nec minus piè ac religiosè Idem *in Nov. 135. in pr. Quibus maximè rebus divinum à nobis numen placari perhibetur, ea sanè inter subditos jugiter incrementum accipere atque lucescere contendimus.* Sic idem Imp. subditos quoque suos hortatur *Novel. 8. c. 11.* ut ob leges rectè & utiliter latas Deo & Christo hymnum dicant, agnoscentes videlicet, quod lex sit inventum ac donum Dei, ut ex Demosthene scribit Martianus, *l. 2. ff. de legibus.*

Quia verò justitia † legum & omnis juris est finis, ut scilicet suum cuique tribuatur *l. 1. §. 1. & ibi notat. ff. de Just. & jure*: illius quoque encomia in Novellis operæpretium est observare. Huc igitur pertinent maximè *Nov. 69. & Nov. 164. in pr.* Priore loco sic ait Imp. *unam esse omnium perfectissimam virtutem arbitrandum est hominibus, quæ jura omnibus distribuit. Hæc ex causâ cognominata est justitia. Et enim unamquamque virtutum aliarum, nisi subsequantur huius bona; nihil fiet eorum quæ competunt. Itaque nec fortitudinem, quæ non est cum justitia, laudabimus: cùm scilicet patria lingua* (Romana scilicet) *fortitudinem in armis virtutem appellet solùm: & si quis ab eâ justitiam subtrahat, delectorum solummodò, non quorundam bonorum fiet occasio, &c.* Quem locum non dubito quin expresserit Imperator per imitationem Platonis & Ciceronis *in offic.* Altero autem loco, *Nov. 164.* ita scribit (quanquam Cujacius hanc Novel. Tiberio asscribit, qui Justino secundo in imperio successit: & Henricus Agylæus inter Novellas Tiberii hanc secundo loco ponit.) *Deo simul & justitia nihil maius existit. Absque hac enim nihil unquam commodè geri potest, & præcipuè in nostrâ hac Republicâ. Exinde enim & subditos ad benevolentiam nec non ad summam licet attrahere devotionem, &c.* Alibi verò cum justitiâ conjungens etiam clementiam, hæc duo ait, maxima esse in rebus humanis bona, quibus Imperium quoque exornetur, in tuto collocetur & conservetur. Sic enim scribit *initio Nov. 163.* (quam tamen & ipsam Cujacius Tiberio tribuit, & Agylæus quintam eius constitutionem facit) *præ-*

ſtantiſſima inter homines bona ſunt juſtitia & benignitas (φιλανθρωπία) quarum altera æquabiliter ſuum cuique tribuit, neque aliena appetit: altera verò ad miſericordiam decurrit, & debitorum incommoditate egentes liberat. Hæc ornare firmareque imperium, hæc conſervare rempubl. hæc pulchrè humanam noverunt gubernare vitam. Et infrà: *hæc enim Deo placere nobis perſuaſum eſt: & hanc juſtitiam eſſe diximus: & ex his imperium nobis firmum & inconcuſſum fore, certi ſumus.*

Sed hæc de Encomiis juſtitiæ, eique affinis clementiæ, breviter delibaſſe ſufficiat. Nunc de † autoritate ipſarum legum, quæ in his Novellis ipſis attribuitur.

Ubi † inprimis notandum: quòd ſuas leges Imp. etiam in Africa valere jubet, utpote quam paulò ante bello vandalico confecto, (quod Hiſtoricus Procopius deſcribit) hoſtibus ereptam, Imperio Romano iterùm adjunxerat de hoc videatur *Nov. 63.* Deinde † etſi leges regulariter futuris negotiis dant formam, *l. 7. C. de legibus*: tamen ſæpè etiam ad præterita eas trahi voluit Imperator: ut multis Novellis videre licet. Veruntamen hoc ita demùm fit, ſi expreſsè id voluerit legislator: quod congruit cum *d. l. 7.* Præterea † ex legibus quæ obtinebant, vel in uſu erant tempore ſententiæ prioris, à qua provocatum eſt, etiam ſententia appellationis proferenda eſt, quantumvis interea temporis eæ leges fuerint mutatæ, vel correctæ, vel abolitæ. *vid. Nov. 115. c. 1.* Poſtremò † quia in utroque jure celeberrimum eſt dictum: leges non dedignari ſacros canones imitari: & canones obtinere vim legum, *Nov. 83.* & *Nov. 131* (quod etiam uſurpavit Pontifex *in capit. 8. clerici. ext. de judiciis. & C. ult. ext. de ſecundis nuptiis. Item in c. 1. ext. de juramento calumniæ. & canon. 12. Nicena Synodus. diſtinct. 31.*) cavendus eſt omni ſtudio huius regulæ abuſus: quem Pontifices invexiſſe negari non poteſt: & hoc prætextu ſuas Decretales etiam auſos fuiſſe ſacratiſſimis Imperatorum legibus ſæpè anteponere: non ſine diminutione Majeſtatis Imperij & Imperatorum: quos etiam pro famulis ſuis habuerunt: ſicut apertè profitentur etiam in jure Canonico ſe non reſpuere legum ſecularium famulatum. ut eſt *inc. 28. ſuper ſpecula. extra. de privileg.* & gloriantur quoque, ſe mundanis legib. non conſtringi: ut eſt *in canone. 6 Inter. 33. cauſa. quæſt. 2.* Legibus autem Imperatorum tunc demùm utendum eſſe volunt, cum ſacris canonibus obviare, (id eſt, repugnare) non inveniuntur: teſte Gratiano *in fin. proœm. cauſa 15. quæſt. 3. ante canonem. 1.* Quod ſanè ſi de veterum ſynodorum canonibus intelligi vellent, ferri ſanè poterat: ſed ipſi hoc intellectu non contenti, ſub canonum appellatione etiam Pontificales epiſtolas, quas Decretales vocant, venditare ſolent: quain re nemo non videt injuriam ipſos facere Imperatori: cuius dictum *ex allegata Nov. 83.* aliorſum detorquent, præter mentem legislatoris. Sed hac de re plenius dixi *in differentiis iuris civilis & canonici, lib. 1.*

Porrò † quòd & magiſtratus & alios judices qui magiſtratus non ſunt, oporteat ſecundum leges judicare; valdè enixè præcipit Imp. *in cap. 13. Nov. 82.* in verbis: *omnia autem iudex &c. cuſtodiat leges, & ſecundùm eas proferat ſententias.* Addit quoque ibidem hanc memorabilem ampliationem: *Etiamſi contigerit noſtram inſſionem in medium vel ſacram formam vel pragmaticã procedere ſanctionem, quæ in-*

Digitized by Google

quæ iubeat aliter agi & litem secari oportere: sequatur legem. Nos enim illud volumus obtinere, quod leges nostræ volunt.. Neque tantùm † leges in Republ. esse & secundùm illas judicare oportet, etiam contra rescriptum imperatoris legibus contrarium: verùm etiam executioni ipsas mandare, & contumaces seu violatores earum punire oportet. Nam sine executione nulla est earum utilitas, si in literis duntaxat tanquam in vaginâ gladius, contineantur, nec in opus producantur. Qua de re sic præclarè scribit Imper. *init. Nov. 161.* (quam tamen Novel. etiam Tiberio Imperatori adscribit Cujacius, & Henricus Agylæus tertio inter eas loco ponit:) *Non tantùm decenter leges ferre, summo bono est: sed etiam sancita accuratè custodire, & ad effectum perducere, transgressoresque competentibus pœnis subjicere. Quæ enim legum erit utilitas, si in literis duntaxat consistant; non etiam per ipsa facta atq; opera subditis utilitatem de se præbeant?* ubi deinde addit: leges nonnunquam renovandas esse, si paulatim in oblivionem ac desuetudinem venerint: quod Leo *Nov. 107.* eleganter vocat *senii incommodum quasi abradere legibus, & ad pristinum robur reductas renovare, & primitivum earum usum, Reipubl. utilitatem*: quod pluribus exposui *in prolegomenis, cum dicerem de origine Novellarum.*. Sed quoniam † de legibus hæc nobis instituta est tractatio, quædam ex 10
aliorum etiam Imperatorum Novellis huc pertinentia subiiciemus: inprimis autem Justini Minoris & Leonis. Sic igitur Justinus (qui ex Justiniani sorore natus ab ipso in locum filii adoptatus est) *Nov. const. 3. in pr. legum s. veritati*, inquit: *interdum Imperatoriam clementiam immiscere convenit*: præcipuè verò quãdo subditos multis damnis atque incommodis eatenus eximit. Quam temperaturam lenitatis atque clementiæ cum austeritate & severitate pluribus verbis explicat Imperator Leo *Novel. 67. in pr.* & illustrat comparatione cum aëre salubri & benè temperato. Idem quoque Leo *Nov. 1.* sicut & *Nov. 30.* prolixè docet, abrogandas esse eas leges, quæ præsenti reipublicæ statui sint inutiles, & obsoletæ, & contrariæ: quod certè etiam nostris temporibus, quæ hoc vitio mirum in modum laborant, ut fiat à novo quopiam Justiniano, cum primis esse optabile, nemo non agnoscit, qui in corpore juris Justinianei vel paululùm est versatus. Deinde idem Leo vetat *d. Novel. 1.* lites dirimi ex legibus abrogatis: quod ante ipsum etiam Justinianus caverat, pœnâ falsi constitutâ in eum qui contrà fecisset. Idem Leo *Nov. 19.* pulcherrimum elogium habet, quo leges exornat: ad moderandam videlicet Rempublicam, legum rectam constitutionem esse rem omnium præstantissimam: Addit quoque sequentia: *Nam qui leges reipubl. oculos esse dixerit, is profectò mea sententia illas ita vocans, nihil indecens pronunciaverit. Quemadmodum enim res maximè necessaria est animali non titubans oculus: ita & reipubl. legum æquus & rectus status.* Idem *Novel. 67.* leges reipub. principes revera esse ait, imò & parentes reipubl. *Nov. 105.* ubi etiam pulchram adfert comparationem legum cum Medicina: *Medici* (inquit) *non præcisè integra membra secari jubent: & lex cum Medicorum commiseratione infinito maiorem præ se ferat commiserationem* (si quidem corporis tantummodò spectat Medicina beneficium, leges verò tam animo quàm corpori præstant beneficium) *tantam crudelitatem in eos, quibus mederi vult, exeret?* Qui locus obiter etiam ad illam

Digitized by Google

quæstionem notari & accommodari potest. Utrum Jurisprudentia arti Medicæ, an hæc illi præferenda sit: de qua *alibi*. Ut autem Leo Imperator leges cum Medicina confert: ita & Justinianus ante ipsum duobus in locis fecerat: ut *Novel 111. in pr. & Edicto quinto: quòd medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis,* vel *hoc præstat jus controversiis.* Quam illustrem & sententiam hoc distichio complecti possumus:

Pharmaca ut humano depellunt corpore morbos
Sic quoque litigiis leges & jura medentur.

Idem quoque Leo *Nov. 30.* leges eleganter comparat cum ducibus ac præfectis: utrobiq; id eligendum esse monens ac præferendum, quod sit optimum & præstantissimum. Rursus idem Imperator *in Nov. 36.* leges vocat sustentaculum atque fundamentum Reipūblicæ: proindeque ut illa in tuto sit, legis ait sanitatem conservare oportere. Sanitatem verò legis nihil aliud esse quàm æquitatem. Nam si leges rectæ rationi, æquitatique non sint consentaneæ, tùm verò eas morbis laborare, ac proinde ceu medicamento quodā Pœonio curari debere, significat *in eadem Nov. 36.* Novellâ autem *61.* legem dicit esse tanquam frenum, quod hominum temerarios impetus inhibeat. Idem *Novel. 77.* à legibus omnem orationis obscuritatem abesse vult his verbis: quæ idcircò adscribemus, quia commentarii vice esse poterūt *ad l. 9. leges sacratissimæ. C. de legib.* Cùm *in plerisq; aliis, tùm præcipuè in legum tractatibus reprehendenda obscuritas est; nam siquibi alibi, illic certè distorto intricatoque genere vacare, rectèque informari orationem oportet. Non enim mysteria quædam sive arcana sunt legis sanctiones; ut à multitudinis intellectu remotæ esse debeant: Sed potiùs, si fieri posset, neminem illas latere, neq; virum, neque puerum, neque mulierem oportebat: quippe quòd id ad hominum mores in melius convertendos, communiq; vitæ utilitates, vel maximè conduceret.* Congruit cum his quod scribit Justinianus, communium rerum utilitatem esse lucidis & omni ambiguitate segregatis legibus uti Romano subjectos Imperio, *l. 9. in pr. C. de naturalib. liberis.* Sicut contrà, legum obscuritatem, ait, præbere occasionem protrahendarum litium. *l. 12. magnam. C. de contrab. & comitt. stipulat.* id quod omni oraculo verius esse testatur experientia.

Porrò legum originem & occasionem his verbis demonstrat Leo *Nov. 95. in pr. Antiquioribus, quæq; antè natæ sunt, legibus ortus causam rerum usus præbuit. Legislatores enim quæ in communem vitam incidunt, singulatim accuratè excutientes pro illorum natura leges condunt. Quoniam ergo ex communis vitæ negotiis legibus nascendi occasio existit: & verò propter novam quampiam rem quæ ad veterem aliquam legem referri non potest, legem condi opus esse videmus, &c.* Sic idem Leo *Nov. 89. in pr.* legum finem & intentionem his verbis demonstrat: *legum ortus, tùm ut respub. constituatur rectè, hunc sibi finem proponit: tum interdum naturæ injuria affectæ auxilium offert.* Idem quoque de legum natura & indole sic ait, *Nov. 100. leges quia ex benigno judicio prognatæ sunt, bona sua ordinatione & moderatione iis etiam controversiis, quæ non admodum crebrò in res humanas incidunt, auxilium ferre instituūt. At verò cum tantæ benignitatis sint, quomodò non longè magis earum, quæ in hominum vitæ assiduè versantur, curam suscipient? Si enim Medicum quispiam iis quæ minus an-*

gunt,

gunt, curam adhibeat, ea verò quæ magis angunt negligat: id quod minùs angit, non per peritiam & prudentiam curare videatur.

Porrò quoniam legum aliæ sunt divinæ, aliæ humanæ, pulcherrimè has inter se confert idem Imperator tanquam perfectiores cum imperfectis, observavi hâc de re duo ista loca, *Nov.* 5. & *Nov.* 83. Priore loco sic notabiliter scribit: *Bonum sanè atque salutare esset, si divinus salutiferusq; mos regeremus legibus. Minimè enim tùm humanis indigeremus, illarumq; luce tutam viam commonstrante humano ex legibus auxilio nobis non esset opus. Verum quoniam cæno atque luto omnes emergere, divinisque præceptis in cœlum tollentibus elevari difficile est: humano generi salutem & humana prudentia per leges suas adinvenit, &c.* Altero autem loco consimiliter sic ait: *Si à spiritu legibus ita se mortale genus regi sineret, ut humanis præceptis nihil indigeret: id vero & decorum & salutare esset: At quoniam se ad spiritus sublimitatem elevare, divinæque legis vocem amplecti non cuivis est, ac verò quos hæc virtus ducat, numero valdè pauci sunt, benè adhuc res sese haberet, si saltem secundum leges humanas viveretur, &c.* Illud quoque *ex Nov.* 1. *Leonis, propè fin.* observare operæ pretium est, consuetudines, (quas constat esse jus non scriptum) nonnunquam ad vim ac potentiam legis, à legislatoribus extolli & subvehi: id quòd à se factum esse Imperator ibi testatur.

Sequitur † ut dicamus de mandatis principum: quæ & *divinæ jussiones*, & † *rescripta*, & *pragmaticæ formæ* & *sacræ formæ*, promiscuè in Novellis usurpantur. De his videantur *Nov.* 17. *Nov.* 113. *Nov.* 114. item *Nov.* 151. cum 3 *seqq.*

Et *Nov.* quidem 17. Imperator præsidibus provinciarum præcepta quædam præscribit, ad quæ velut ad normam dirigant officii sui rationes, & partes sibi concreditas expleant: ut proinde huius explicatio commodè reservari posse videatur, ad caput sequens, quod erit de magistratibus. *Nov.* autem 113. idem resumit & latiùs explicat quod tradiderat *Nov.* 82. §. *ult.* nempe ut judices & arbitri compromissarii non attendant, ad rescripta principis (quæ *ambitiosa* Julianus eleganter vocat *in Epit.* quasi ad gratiam composita, hodiè vocamus *Hofproteß*: de quibus pervagatæ sunt querelæ & gravamina per imperium Germanicum) neque ad jussiones, neque ad formas pragmaticas, quæ lite pendente impetrantur & insinuantur, & quibus forma judicandi præscribitur judicibus: hæc inquam, ne attendant, nec secundum eas judicent, sed secundum Leges & mores, quibus forma rei judicandæ satis præscribitur. Quod supremum judicis officium etiam præscribitur *in pr. tit. Instit. de officio judicis.* Additur sanctio sive pœna: & quidem ferè triplex: prima, ut si non secundùm leges sive mores fuerit judicatum, sed secundùm rescripta ejusmodi ambitiosa, item secundùm depositiones referendariorum; tùm verò sententia non teneat sed sit ipso jure nulla; etiam citra beneficium appellationis. Secunda: ut ex compromisso non dentur pœnæ: videlicet, quia quod nullum est, nullum quoq; producit effectum. Tertia: ut judex talis mulctetur denis libris auri, & præterea incurrat in indignationem Imperatoris.

Aliud dicendum est de iis rescriptis, quibus princeps non præscribit judici formam vel modum judicandi, sed tantùm monet atque invitat judicem, ut li-

tem celeriter finire ſtudeat; vel ut acta litigatoribus edat: vel ut collegam aliquem in munere judicandi, ſive ſyndicaſten aſſumat. Talia namque reſcripta recipienda ſunt, & his parendum eſt. Ratio differentiæ manifeſta eſt, quia hæc reſcripta non ſunt contraria Juri recepto, ſicut ſuperiora; non ſunt ita ut illa, ambitioſa, nec iniqua.

Aliud quoque eſt dicendum, ſi princeps ipſe cauſam cognoſcere, ſuoq; decreto litem terminare velit, hoc enim facere poteſt, vide Cujac. *ad Nov. 113.* &: Hentic. Agylæum *in ſumma eiusdem Nov.*

Novella 114. (ex qua ſumpta eſt *Auth. glorioſiſſimi. C. de diverſ. reſcrip. & pragmat. ſanct.*) hoc vult: ſacras ſive divinas juſſiones habere debere ſubſcriptionem ſive ſubnotationem quæſtoris Palatii, qua nominatim exprimantur & judex & litigatores, & is qui juſſionem perferendam accepit. Aliter, non eſſe recipiendas à judicibus. Si quis contrà faxit in hunc X. X. librarum auri mulcta ſtatuitur: quæ etiam irrogatur ei, qui tales juſſiones ſubnotatas transmitti curaverit, qui vocatur *in d. Auth* officium, vulgò *officialis*. Qui verò tales juſſiones pertulerit, is è veſtigio ad Quæſtorem miſſus pœna falſi plectitur. Non obſtat *l. pen. C. de diverſ. reſcript.* ubi exigitur ſubnotatio principis. Reſpondendum enim cum Cujacio, ut principis ipſius & quæſtoris ſubſcriptionem in reſcripto ſeu juſſione requiri: neque *in d. Nov. 114.* negatur ſubnotatio principis, dum etiam quæſto-
12 ris neceſſaria eſſe dicitur. Notandum obiter. Quæſtorem † olim appellatum, qui hodiè in aulis vocatur *Cancellarius*, quod præter alios etiam notavit Barnab. Briſſon. *in l. bris ſelectar. antiquit. jur.*

Novella porrò *151. & 152.* vult juſſionem principis, ſive in ea agatur de evocandis decurionibus, ſive de cauſis & operibus publicis: nō aliter valere quàm ſi inſinuata ſit judicio præfecti prætorio, atque ab hoc approbata. Utramq; Novellam Juſtinianus promulgavit ad ſuggeſtionem Johannis præfecti prætoriorum orientis, cuius hiſtoriam *ſupra in Prolegom.* expoſui, ex Procopio.

13 Quia verò † paulò antè nominavimus formas ſacras: admonendum eſt, hoc nomen & imperialibus reſcriptis tribui ſolere, & illi Juri, quod præfectus prætorio condebat. ut videre licet in primis in *l. 2. C. de præfect. prætorio orient.* neque id immeritò, quia hic magiſtratus ſecundus ac proximus eſt à ſceptris, ſive ab ipſo Imperatore: ut ex Zoſimo Hiſtorico allegat Cujacius *in paratit. C. d. t.*

14 De ſacris juſſionibus † & formis hoc quoque notandum: ſæpè ſubſtantivè: ſive abſolutè poni ſacram item Sacrum, pro reſcripto vel Epiſtola Imperatoris: quo modo aliquoties hoc vocabulum reperitur in Actis Synodi Epheſinæ, &: aliorum conciliorum ab Imperatoribus convocatorum, & in hiſtoria Eccleſiaſtica, nec non *in Nov. 1. Martiani*, & quidem adeò tritum erat hoc nomen, ut et-
15 iam Græci id retinuerint. quamvis origine Latinum. Poſtremò † de pragmaticis ſanctionibus quæ & ipſæ in Novellis ſæpiſſimè nominantur, videantur lexica, & *l. ult. §. 1. pragmaticas. C. de diverſ. reſcript. & pragmat. ſanct.* Atque ita primum caput partis ſecundæ finem ſuum habeto.

16 Non poſſum tamen, † quin ſub finem huius capitis ſimul detegam imperitiam & ineptias quorundam, qui ex *Nov. 1. infine*, neſcio quam ſibi de legibus

genera-

Digitized by Google

generalem fabricarunt ſententiam: *leges*, inquiunt, *neminem neque in paupertate vivere, neque in anxietate mori permittunt*: qua ſententia exiſtimant ſe mirificè commendare leges ab utilitate & fructu earum. Sed falsò imperitè, inſulsè atque ineptè. Neque enim quid quam tale in mentem ibi venit Impetatori: ſed potiùs de Lege Falcidiâ eiusque utilitate loquitur, quod ſatis manifeſtum eſt inſpicienti textum *in Epilogo d. N.1.* Atque hunc abuſum poſtea etiam à Franc. Balduino *in Scholiis Nov.1.* vidi reprehenſum. ubi & hoc notandum eſt, non rectè veterem interpretem vertiſſe *anxietate*, cum in textu Græco ſit ἀβυμία, quæ potiùs eſt *ſocordia ſive negligentia*, anxietati & ſolicitudini planè contraria. hoc primum.

Deindè † non debui ſub hoc capite omittere nobiliſſimam illam condi- 17
tionem legum, quæ eſt, quod leges ſpectare debeant non tàm quid ſingulis privatim, quàm quid in commune profit omnibus. Qua de re ita ſcribunt Impp. Theodoſ. & Valentin. *in Novellis ſuis: Nos in legibus maximè promulgandis non quid fortè quibusdam ſeparatim, ſed quid univerſis in commune prodeſt divinis ſenſibus ponderamus.* Quomodo & Cato apud Livium *libro 44. Nulla lex*, inquit, *ſatis commoda omnibus eſt: id modò quæritur, ſi majori parti & in ſummam prodeſt.* cui ſententiæ planè ſimilis & gemina eſt apud Tacitum.

CAP. II.

DE MAGISTRATIBUS.

SUMMARIA.

1 *Diſtributio tractationis de Magiſtratibus.*
2 *De Imperatore, eiusq; officio.*
3 *De privilegiis Imperatoris, maximè circa donationes.*
4 *De cæteris magiſtratibus.*
5 *De Conſulibus, & præcipuè de eorum Largitione ac ſparſione miſſilium.*
6 *De ſenatoribus.*
7 *De decurionibus ſeu curialibus.*
8 *De præfecto urbi.*
9 *Magiſtratuum etiam obſoletorum cognitio ad prudentiam politicam utilis.*
10 *Magiſtratus cur varient.*
11 *De Præſidum, ſeu magiſtratuum in genere, officio.*
12 *Novella VIII. laus eximia.*
13 *Novella VIII legislatio, capitibus ſeu legibus novendecim inclusa.*
14 *Venditio magiſtratuum improbata.*
15 *Tributorum neceſſitas.*
16 *Sontes puniendi, inſontes abſolvendi.*
17 *Novella XVII. legislatio, viginti novem articulis comprehenſa.*
18 *Inquiſitores hæreticorum in provinciam non admittendi.*
19 *Præſes ſimul ac provinciam ingreſſus, Inſtructionem ſuam omnibus edere debet.*
20 *De reliquis Novellis ad magiſtratuum officium pertinentibus.*
21 *De Novellâ 95.*
22 *De Novellâ 128.*
23 *De Novellâ 130.*
24 *De Novellâ 134.*
25 *Inſignis cura Imperatoris pro ſubditis, maximè provincialibus.*
26 *De Novellis ad certa genera magiſtratuum pertinentibus.*
27 *Sapientia Romanorum in magiſtratibus conſtituendis, & in provincias mittendis.*

QUæcunque in Novellis continentur de magiſtratibus, ea non incommodè † ad hæc duo capita ſumma referri poſſe arbitror: quorũ prius 1
ſit de variis generibus magiſtratuum; alterum, de officio ſeu munere eorundem, etiam in ſpecie, vel in genere. Sed

Digitized by Google

Sed cùm † omnium dignitatum ac magistratuum fons sit ipse Imperator: antequàm de cæteris magistratibus explicetur, observanda sunt quæ de ipsius Imperatoris officio in Novellis passim afferuntur. Huc pertinent quæ primò *superiori cap.* ex Novellis Justiniani collecta proposui, de scopo Legislatoris sive principis, maximè *ex Nov. 81. 85. 86. 134. & seqq.* Summa illorum omnium huc ferè redit: debere Imperatorem omnia ad utilitatem & ornatum reipublicæ à Deo sibi concreditæ, & ad commoda subditorum, felicitatemque, referre ac dirigere: & in hanc curam dies noctesque incumbere. Rectissimè igitur jam olim sapientes definierunt Imperium, nihil aliud esse, nisi curam salutis alienæ: cuius finis sit obedientium commodum & salus. Quam sententiam sæpè inculcat bonus Historicus Ammianus Marcellinus, *ut libro 25. & 29. & 30.* Addamus & aliorum sententias, maximeque Imperatorum de Imperatoris officio. Sic igitur de eo Theodos. & Valent. *Nov. 3. in p. Inter cæteras solicitudines, quas amor publicus pervigili cogitatione nobis indixit, præcipuam Imperatoriæ majestatis curam esse perspicimus, veræ religionis imaginem: cujus si cultum tenere potuer. mus iter prosperitatis humanis aperimus inceptis. Quod usu longæ ætatis experti, piæ mentis arbitrio, ad posteros usque perennitatis jure fundare decrev. imus cæremonias sanctitatis.* Et infrà *ead Nov 3. Decet Imperatoriam majestatem eâ provisione cuncta complecti, ut in nullo publica lædatur utilitas* Sic *in Nov. Valentin.* ajunt Impp. *init. tit. 8. Boni principis cura vel prima, vel maxima est, quietem provincialium propitiâ solicitudine mente tractare: quibus quantò plus fuerit humanitatis impensum; tantò promptius amor devotionis incumbit. Hæc enim est natura mentis humanæ, ut quod amittit ex commodo, compenset in gratia: & animos præstitis largiores interiore quodam vinculo charitatis obstringat.* Sic *in lib. Nov. Martian. tit. 2.* ajunt Impp. *Cura nobis est utilitati humani generis providere. Nam id die ac nocte prospicimus, ut universi, qui sub nostro imperio vivunt, & armorum præsidio, ab hostili impetu muniantur: & in pace, libero otio ac securitate potiantur.* Sic *in libr. Nov. Majoriani tit. 8.* Impp. scribunt: *susceptis Imperii regendi gubernaculis, cogitare debemus; quemadmodum nostra respubl. & armis & legibus, & integra religionis reverentia conservetur atque proficiat.* Inprimis autem ad officium Imperatoris pertinet beneficentiæ studium, quo teste Cicerone, nihil propiùs hominem conjungit cum Deo. Undè præclarè Theodos. & Valent. *in sua quadam Nov. propè est, ut beneficium accepisse credamus, quoties offertur nobis causa præstandi: & diem perisse nobis procul dubio suspicemur, quem nostri numinis munificentia non illustrat,* (nemo non agnoscit hîc allusionem ad apophthegma Imp. Titi, qui cum recordaretur aliquando sub vesperam, nemini se illo die beneficium ullum contulisse: *amici,* inquit, *hunc diem perdidimus.* Vid. Sueton. *in ejus vitâ*) *fruimur quippe conscientiâ largitatis & benefaciendi provinciâ: quæ cum Deo meritum hominis applicitum inter Imperatorias primasq; virtutes obtinet principatum.* Sic alibi iidem Imperatores *in alia Novel. Felicissimis imperii nostri temporibus hæc nobis præcipuè cura est: quemadmodum liberalitatibus nostris fine cujusquam pernicie omnes possint divitiis abundare: Imperatoriæ quippe provisionis munus esse censemus: ut omnes nostris dispositionibus gaudeant, nemo suis iniquè defraudatum defleat.* Sic iidem Impp. alibi de se profitentur: *summo se studio totisque viribus*

Digitized by Google

ribus niti, civitates ditioni ſuæ ſubiectas in perpetuâ felicitate verſari. Sic denique præclarè legimus *in lib. Novel. Anthemii tit. 1. Humano generi & fluctuantibus rebus mortalium unâ poſt Deum ratione conſulitur, ſi adverſariorum ingruentium procellis occurrat ſæpiùs noſtra ſerenitas. Nec dubium eſt, imminui materiam converſionis humanæ,* (id eſt, ſocietatis civilis) *niſi componat providentia regentis Imperium, quicquid per ſe non poteſt impetrare mortalitas: eritque ita magis florida ac tranquilla civilitas, ſi circa providos hominum caſus excubet circumſpecti principis favor.* Et rurſum *tit 3. Imperatoriæ majeſtatis eſt ex præſentibus cauſis etiam futuris providere temporibus: & reſeratâ ambiguitate ſequenda decernere.* Et infra *ead. Nov. ſerenitati noſtræ cordi eſt, in dies ſingulos conſultiore tractatu & meliore deliberatione generi humano proſpicere.* Et rurſus *ibidem propè finem. Neque aliud Imperatoriæ majeſtati, cui ſemper debet æquitas inhærere & vigere juſtitia videtur accommodum, quàm commune jus omnibus reſervare ſubjectis: & nihil amplius bonis licere principibus, niſi quod liceat privatis* (hîc imitationem obſervare licet Panegyrici Pliniani) *& hãc liberalitatem prætendere, quæ legibus & æquitate ſubnixa eſt, ut nemo ſe alienis & illicitis ditatum lætetur: nemo bonis propriis defleat eſſe privatum.* Omitto plura de officio Imperatoris dicere: de quo notiſſima quoque eſt initialis ſententia Juſtiniani *in proœmio Inſtitut.* quæ huc aggregari poteſt. Hæc de Imperatoris officio, quibus addi velim hanc Pauli ſententiam: nulli magis quam Cæſari convenit ſalutem reipublicæ tueri: nec alius ei rei ſufficit. *l. 3. in pr. ff. de officio præfecti vigilum.*

Officii Imperatorij partibus meritò ſubjungemus † privilegia imperialia: 3
qualia multa promeruit Auguſta fortuna. Qui enim ſuis conſiliis, ſuisq; laboribus, pro toto orbe terrarum diu noctuque laborant; quare non habeant dignam ſuâ prærogativâ fortunam? ut ait ipſe Juſtin. *in l. ult. propè finem. C. de quadriennij præſcript.* Hoc autem loco ex privilegiis Imperatoris unum duntaxat referre juvat, quod pertinet ad donationes. Notum eſt vel *ex Inſtitut. §. alia autem. titul. de Donation.* regulariter donationes quæ excedunt ſummam quingentorum aureorum ad ſui firmitatem indigere in ſinuatione ſine qua non valent ſed ab hac neceſſitate inſinuationis, ſine Intimationis, excipiuntur Imperiales donationes *l. ſancimus 34. in pr. verſ. exceptis. C. de donat. l. 19 illud. C. de SS. Eccleſ. & l. ult. in fine. C. de quadr. præſcript.* Deinde idem privilegium Imp. etiam extendit ad eas donationes quas privati fecerint Imperatori, *Nov. 25. cap. 2.* unde ſumpta eſt *Authentem & à privatis, C. de donation.* Has inquam donationes etſi excedant quingentos aureos, valere vult Imp. etiam absque inſinuatione: dummodò probentur inſtrumento publico à donatore & à teſtibus ſubſcripto. Alia Imperatoris privilegia hîc prætermittimus. Quæri autem poteſt an etiam in contractibus Imp gaudeat privilegio? Quod notandum eſt. Nam in contractibus princeps uti debet Jure communi, ſicut quilibet privatus. Qua de re plurima ſunt apud conſiliorum ſcriptores nobiliſſimos.

Poſt † Imperatorem, proximum eſt ut cognoſcamus de magiſtratibus cæ- 4
teris qui per Imperatorem ſive eius beneficio ſunt, quicquid ſunt, & ab eo habent, quicquid habent dignitatis. Sunt autem magiſtratuum alii urbani, alii

provinciales. Deinde alii sunt majores, alii minores urbani, & quidem majores
§ sunt consules: de quibus † primo loco dicam. Huc enim pertinet *Novell. 105* in cujus initio de consulatus origine Justinianus disserit: quam ad rem adhiberi potest Livius, ubi de mutatâ Reipublicæ formâ post exactos urbe reges. Fuit autem olim florentis Reipubl. Romanæ tempore consularis dignitas ac potestas summa & maxima, quod constat ex eodem Livio & Dionysio Halicarnasseo, aliisque rerum Romanarum scriptoribus: idemque fatetur Procop. *libro 1 de bello Persico, pag 45.* & Leo *Nov. 94* vide & *Panegyricos Plinii & Ausonii*: quorum ille Trajano Imperatori, hic Gratiano pro consulatu sibi delato gratias agit. Imò etiam ipsi Imperatores reipubl. formâ jam in monarchiam commutatâ tanti fecerunt consulatum; ut ipsi quoq; consules fieri gauderent: quasi per hanc accessionem dignitatis sua majestas augeri posset. Constat hoc tum *ex Fastis consularibus*, tum *ex Novel. Theodosii & Valentini. 46. quæ incipit: studiosè miti: consulare titulos*, inquiunt, *pro sui magnitudine ac reverentia vetustatis, etiam nobis libenter adscisimus*: & prope finem addunt, *consulatum esse eam dignitatem, quæ homini quoque Augusto quoddam decus adquirere videatur*. Erant autem consulum alii ordinarij, alij suffecti; qui & honorarij: sicut honorarios tutores appellamus eos, qui non administrant. Et per consules solebant numerari anni, de quo & aliis similibus ad consulatum pertinentibus, consuli potest Johan. Rosinus *in Antiquit. Roman.* Cum autem solerent consules missilia jactare, & spargere in vulgus: sicut & prætores: quod constat *ex l. 9. quæ ratione. §. pen. ff. de adquir. rer. dom.* & *ex §. hoc amplius. Instit. de rerum divis.* ne hac in re modus excederetur, Imperator certos fines ei præscripsit, *quos ultra citraq; nequit consistere rectum*; ut ait Horatius, conveniente doctrinæ Aristotelicæ *in Ethicis libro 2.* Ex quo etiam Justin. quædam mutuatus est *in d. Novel. 105.* in verbis, *quoniam etiam nos præcedentibus, quod medium est, optimum visum est esse: tanquam ex utroq; summis* (id est extremis) *periclitantibus, mox ad immensitatem procedere, &c.* Et abrogavit per dictas Novellas constitutionem Valentiniani & Martiani *in l. 2. C. de consulibus. lib. 12.* Illi enim Impp planè prohibuerant missilium sparsionem, tanquam scilicet rem vilem & errorem perdendi; ut ajunt *in d. l. 2.* Cur errorem perdendi? quia cum quælibet donatio sit perditio quædam, *l. 7. in pr. ff. de donat.* & *l. 3 ff. de Sc. Macedon.* quia scilicet donantem facit pauperiorem & exspoliat: *l. 1. & 3. in pr. cum simil. bus. ff. de donat. inter virum & uxorem.* In hac specie donationis, quæ fit sparsis missilibus etiam error accedit ad illam perditionem: quia videlicet, qui missilia jactat in vulgus ignorat quid vel quantum quisque sit excepturus. *d. §. hoc amplius. & d. l. 9. §. pen.* Fines autem quos præscripsit Justin. in usum revocatæ jactationi missilium & sportularum distributioni in populum, hi ferè sunt. Primùm, ut septies tantùm in anno liceret munificentiam suam exhibere, sive erogationem facere. Septem illa tempora partim ex ipsa lectione Novellæ 105. cui vis patent; partim etiam diligenter annotata & exposita sunt à Cujacio *ad eandem Novell.* unde illorum notitia peti potest. Non solùm autem consuli permisit Justinianus missilium sparsionem: verùm etiam uxori & matri consulis: quarum utraque est fœmina consularis: sub hoc tamen

discri-

Digitized by Google

discrimine, quòd uxor consulis ipso jure est consularis (nam uxores coruscant radiis maritorum: ut est *in d. Nov. 105. & l. 13. mulieres. C. de dignitat. lib. 12. cum similibus*) sed mater consulis non aliter, quam si filius consul voluerit, & honore isto eam dignatus fuerit: *d. Nov. 105. & ibi Cujac.* Deindè hoc quoque ad modum pertinet: quòd consules non poterant aureos nummos in populum spargere: sed tantùm argenteos & quidem formâ minutiore: aureorum verò largitio solùm Imperatoris erat propria. Sed non est quod his diutiùs immoremur, quæ in desuetudinem abierunt: imò etiam disertè sunt abrogata *per Nov. Leonis 94.* Rationem abrogandi reddit hanc: *quia olim quidem consularis dignitas & magnificentia præstantes efficiebat eos, qui ipsam subibant: cursu verò temporis, qui omnia mutat, è pristinâ gloriâ & amplitudine in abiectam speciem transformata sit: adeò ut qui ad illam procedunt interdum sibi ipsis sufficere non valeant, nedum aliis quicquam erogare possint:*.

Post consules cognoscendum est † de Senatu: cujus illi sunt caput. Huc 6
pertinet *Nov. 62.* cuius duo capita constituit Cujacius: unum de consultationibus, quæ fiunt ad appellationem factam ad principem, convocatis omnibus Senatoribus de quibus videri potest idem Cujac. *ad Nov. 20.* Alterum caput est de ordine senatorum: inter quos primus sit præfectus urbi, secundi patricii tertii consules quarti consulares vel exconsules, vel honorarii, quintus præfectus prætorio, sexti magistri militum, & cæteri illustres. De hoc ordine non est quod hodiè magnoperè laboremus, commutata Reipublicæ formâ. Noticia tamen antiquitatis, ut aliàs, ita hîc quoque non est injucunda. Potest & tertium caput eiusdem Novellæ addi; de sportulis, quas senatores dant pro introitu, quod commune habent cum aliis quoque pluribus: ut notat Cujac. *ad fin. d. Nov. 62.* ad quam etiam observavit. Idem Tribonianì interpolationem, quam fecit *in l. ult. § 1 ff. de senatoribus*.

Porrò, quia Decuriones † sunt velut parvi quidam senatores: de his dein- 7
ceps explicandum est. Vide *Nov. 101. &* ibi Cujac. *ut etiam ad Nov. 34. & 74.* Notanda est ibi correctio juris: Nam per *l. 9. communium. C. de naturali b. liber. in §. sed si quidem.* Liberi antè susceptì quam pater fieret curialis, sive Decurio, non fiebant curiales; sed tantùm postea susceptì: Ex jure autem Novellarum, liberi etiam antè susceptì tacito jure sequuntur patrem, qui se dedit curiæ. Hoc quoque hodiè non magnum habet usum: nisi fortè ad argumentum inde ducendũ, ad similia. Sicut autem paulo antè dicebam de senatoribus eos dare solere sportulas pro introitu: ita decuriones quoque seu curiales hoc nomine aliquid inferebant honorarii: quod didicimus etiam ex Plinii testimonio, *l. b. 10. epist. 113. & seqq.* ubi quam Plinius vocat *Bulen*, Imp Trajanus Plinio rescribens, vocat *decurionatum* & *decuriones*, quos Plinius dixerat *Bulentas*. Græcà voce; quæ extat: in inscriptione *d. Nov. 101. περὶ βουλευτῶν*, in Latium traductà.

Post consules & Senatum, & Decuriones breviter videndum de cæteris speciebus magistratuum: ac primò quidem urbanorum: inter quos † principem 8
obtinet locum præfectus urbi de quo & Imperatores, Valens Gratianus, & Valentinianus *in l. 3. C. de offic. præf. urbi*, inquiunt; *cunctis, quæ intra*

urbem sunt, ante cellat dignitatibus. Quanquam iidem Impp. hostres indiscretæ voluerint esse dignitatis, præfectum urbi, præfectum prætorio, & magistrum militum, *l. 1. C. de præfecto prætor. sive urbi. lib. 12.* De præfecti urbi officio præter illa quæ habemus in jure nostro; vide & Symmach. *lib. 10. epist. ad Imp. Theodosium,* (in exemplaribus quibusdam 62. quibusdam 69. epistola est) *Certa officia sunt omnium potestatum: præfecturæ urbanæ proprium negotium est, senatorum jura tueri, &c.* De eodem præfecti urbi locum Cassiodori *ex libro 6. var. form. epist. 4.* adducit Cujac. *ad d. Nov. 42. Consides,* inquit, *supra omnes: sententiam primus dicis: & in illa libertatis aula* (ita eleganter vocat curiam sive senatum) *reverendus adspiceris, in qua commissos habere mundi primarios approbaris.*

9 Sequuntur † aliæ quædam species magistratuum: in quibus priusquam pergamus, hoc initio admonendum plerosque horum hodiè non esse in usu: proindeque in illis non diu immorandum: tametsi lectio illarum Novellarum, quæ de ipsis eorumque officio agunt, vel propter exemplum atque imitationem, interdum non sit inutilis. Possunt enim à studiosis politicæ prudentiæ aliqua indè excerpi, quæ ad mores quoque nostros accommodentur.

10 Illud quoque † in genere observandum, magistratus variare pro diversitate, temporum, locorum, & Reipublicæ: prout hic, vel ille status, hæc aut illa forma obtinet: id quod facilè est cuivis animadvertere, conferenti aliquot titulos *lib. 1. Pandectarum, & primi lib Cod.* Item, aliquot titulos, *in trib. poster. libris Cod.* quos diligentissime exposuit Cujac. Conferenti, inquam, ista omnia cum iis quæ à doctissimis viris scripta sunt, de magistratibus P. R. & Reip. veteris adhuc florentis. Usque adeò nihil stabile est in rebus humanis, ne in legibus quidem & magistratibus, hoc est, in rebus omnium maximis & divinissimis: tantum abest ut in aliis rebus minoris momenti aliqua esse possit constantia aut perpetuitas.

Eorum porrò titulorum qui in Novellis agunt de magistratibus, alii sunt
11 generales, alii speciales. De generalibus, † primarii: qualis est *Novell. 8. de præsidibus*: & *Nov. 161.* quæ etiam ita inscribitur, & est Tiberii Imp. qui post Justinum secundum rerum potitus est: qua Novellâ confirmantur pleraque à Ju-
12 stiniano constituta de præsidibus: inprimis *Nov. 8.* quæ talis est, † ut nihil eâ melius fieri potuerit in hoc genere, omninoque beatæ futuræ essent respublicæ, si ad ipsius præscriptum gubernatores eam regerent. Imperator quidem ipse tanti illam fecit, ut eam in templis recondi voluerit inter sacra vasa, tanquâ donarium, sive anathema quoddam. De eâdem quoq; verissime prædicat Henricus Agylæus, dignam esse quæ grandiusculis literis & quidem aureis describatur: eoque loco affigatur: quasi ubi specialiter sit in conspectu principum virorum: dignam quoque, ut principes virieam ab ineunte ætate in manus sumptam nunquam per omnem vitam de manibus deponant, sed perpetuo meditentur: quam denique solam ex omni Philosophia assumant in exemplum gubernationis. Hæc ad commendationem *d. Nov. 8.* quæ argumentum illustrissimum continet. Initio autem observandum est cum Cujacio, de vocabulo: *præsidum*, ut & *moderatorum*, appellationem esse generalem: qua & proconsules & comites,

Digitized by Google

comites, & vicarii, & consulares, & correctores, & defensores civitatum contineantur, qui scilicet omnes præsidum fungantur vice. Deinde sequuntur ordine partes officii præsidum, id est, in genere quorumlibet magistratuum, qui rempublicam administrant: in quas etiam conceptis verbis solenniter jurare jubentur, *sub fin. Nov. 8, tit. Imiurandum quod præstatur ab his qui administrationes arripiunt.*

Hoc † magistratus officium in forma legis proponere, & ad certa quædam capita memoriæ ergò referre poterimus: nonnullis interdum explicationis causa interpositis. 13

Prima igitur lex hæc esto: *principi & cui hoc à principe negotium datum est, cura esto, ut viri optimi, atque integerrimi, & ad hanc rem maxime idonei præsides, in provincias mittantur.*

Secunda: *qui à principe honore illo digni habiti, non gratis receperint homines ad id officium, sed ultrà, quàm consuetudo ferat, hoc nomine quoquo modo aut ipsi quid acceperint, aut quorum operâ utentur, accipere passi fuerint: hi ultra quadrupli multam de dignitate quoque periclitantor: qui ex familiâ sive sciente, sive ignaro Domino hoc tentaverit, id quod acceperit, ei à quo accepit in quadruplum reddere damnatus esto, cumo ficio removetor: magistratus arbitrio pœnæ obnoxius esto.*

Tertia lex: *præ'es futurus, conceptis verbis jusjurandum dato, vel coràm principe, vel coram eius delegato, vel coram Metropolitano Episcopo, & primatibus provinciæ, se nihil cuiquam vel muneris, vel patrocinii nomine dedisse, aut promisisse: gratuitum quoque magistratum puris manibus administraturum & contentum fore annonis ex publico sibi constitutis.* Insignis est hic locus, † prohibens, ne magistratus 14
sint venales, néve suffragia dentur ac promittantur, id est, pecuniæ honoris adipiscédi causa: ut rectè hic explicat Cujac. *init. Nov. 8.* Et sanè vetus est hoc interdictum: honores sive magistratus non debere pecuniis redimi. Nam & Alexander Severus, núquam passus est honores Juris gladii id est, potestatem animadvertendi in facinorosos (ut definit Ulpianus *in l. 3. ff. de jurisdict.*) vendi: quasi diceret; necesse est, ut qui emit, vendat. *Ego non patiar mercatores potestatum: quos si patiar, damnare non possum. Erubesco enim punire illum hominem qui emit, & vendit:* ut eleganter scribit Æl. Lamprid. *in Alexandro Severo.* Ad quem locum etiam magnus amicus noster Isaac. Casaubonus *hanc ipsam Nov. 8.* adducit, ubi Imp. ait *in fine præfationis*, Hoc totius esse nequitiæ principium & terminum. Adducit quoque *ibid.* Imperator sacrarum literarum testimonia de avaritia omnium malorum matre, atque ita etiam horum incommodorum, quæ secum trahit magistratuum venalitas. Eôdem pertinet quod de Imperatore Pescennio Nigro scribit. Æl. Spartianus, eum consiliariis addidisse salaria (consiliarios vocat assessores judicum) ne eos gravarent quibus assidebant, & dixisse, *judicem nec debere dare, nec accipere*: quod pertinet ad illum insignem juris nostri locum, qui est *in l. 2 §. ult. ff. de condict. ob turpem vel injustam causam.*

Quarta lex esto: *Præses futurus de tributis exigendis debitè fisco cavето.* Hic quoque locus Nov. *vell. 8.* notatu dignissimus est de tributis: de quorum † necessita- 15
te dicit Imperator *cap. 10. prope finem: militares expensæ & hostium incursiones, multâ*

egent diligentiâ: & non possunt hæc extra pecunias agi. Quò pertinet quod scribit Ulpianus *in l. 1. § 20. in causa. ff. de quæstion. In tributis esse Reipubl. nervos, nemini dubium est,* & Imperatores Theodosius & Valentin. similiter de necessitate tributorum seu vectigalium, ajunt *in Novellis suis titul. 20.* Sine tributis nihil in pace aut bello curari posse, & quæ sequuntur. Eôdem pertinet, prisci illius Imperatoris apophthegma, qui dicebat: *neque militem sine stipendiis, neque hæc sine tributis habere licet.* Miles enim detrectabit imperium & obedientiam ducibus, nisi accipiat stipendia. Et hanc ipsam ob causam plurimas coortas seditiones & rebelliones, testantur historiæ & experientia. Adde quod etiam stipendia animosiorem faciunt militem. Quò pertinet Apophthegma Alexandri Severi apud Lamprid. *in eius vita: Miles non timet, nisi vestitus, armatus, calceatus, & satur, & habens aliquid in zonula, idcirco quòd mendicitas militaris, ad omnem desperationem vocaret, armatum.* Non mirum igitur, cum Reip. tantoperè interfit tributa certò inferri; quod hoc nomine à præsidibus cautio exigatur.

Quinta: *præses in omnes omninò homines exaquo jus habeto, quacunq; de re agetur, nullam fori proscriptionem admittito, nullum privilegium audito.*

Sexta: *milites qui in provincia erunt, ubi & quando opus fuerit, in auxilium vocato: hi si non pareant, non solùm in periculum exautorationis, sed etiam vitæ vocantor.*

Septima lex: *præses latrunculatores, & biocolytas, id est, eos qui potestatem violentiæ prohibendæ, sive grassationum coercendarum in provincia obtendant, nullos tolerato: si quos compererit in vincula conjicito, & rem ad principem referto: princeps gravi in ipsos animadvertito, & magistratum à quo emissi sunt, triginta libris auri mulctato, & indignatione suâ insuper eundem persequitor.*

Octava: *præses nusquam vicarios sive servatores loci constituito, sub penâ amittendæ provinciæ.*

Nona: *si fortè executores sententiarum aliundè in provinciam advenerint, præses sportularum ratione, ut amplius quidpiam solito accipiant, ne permittito. Eos qui plus accipere conati fuerint, vel ad judices à quibus missi erunt, vel ad principem defero, ut competenti animadversioni subiiciantur: ni hoc faxit, tùm ipse quod damni datum erit, dependito.*

Decima: *si quos præses dignitate suâ elatos, in subditos injuriam ferre compertum habuerit, eos dignitate suâ privato.*

Undecima lex: *præses tributa diligenter colligito: refractarios ad solutionem vi quoque cogito.*

Duodecima: *in disceptandis controversiis, in disciplinâ publicâ tuendâ præses æquum se exhibito.*

Decimatertia: *insontes debita supplicia exequitor, insontes autem è reatu & calumniis eximito.* † Huc pertinet quod etiam Jurisconsulti veteres tradiderunt, 16
curare debere eum qui provinciæ præest, ut malis hominibus provincia purgetur. *l. 3. ff. de officio præsidis.* & congruere bono & gravi præsidi curare ut pacata atque quieta provincia sit, quam regit: quod non difficile obtinere possit si sollicitè agat, ut malis hominibus provincia careat, eosque conquirat, & prout quisque deliquerit, in eum animadvertat. Et quæ plura in hanc sententiam adduntur.

duntur *in l. 13. eod. titulo.* Quod autem de insontibus absolvendis additur naturalem habet æquitatem. Nam & olim rectè dictum est: *si accusare sufficit, quis erit innocens?* ut est apud Ammianum Marcellinum.

Decima quarta: *præsidis imperium paterno quàm similimum esto.* Sumpsit hoc Justin ex nobilissimo illo dicto Xenophontis: *Bonus princeps à bono patre nihil differt.* Quod est etiam apud Homerum, omnis eruditionis parentem.

Decima quinta lex: *præses adsessores & consiliarios, & cæteros, quorum operâ indigebit, viros æquos & bonos deligito: & in his summam officii sui ponito.*

Decima sexta: *ipso administrationis tempore, præsidem à provincialibus redempti magistratus, aut furti, accusari jus fasq; esto. Id si fiat, Episcopus loci & optimates, libello supplici querelam complexi, rem ad principem deferunto. Princeps delegatum aliquem cum mandatis mittito in rem præsentem, qui re discussâ atque compertâ, pro redemptione magistratus* (quam prohibitam esse suprà diximus) *bonorum publicatione* (sive confiscatione, ut vulgò loquimur) *ipsum mulctato: & corporis verberibus affectum exulare jubeto: pro furto autem & hanc pœnam infligito eidem, & ad restitutionem quadrupli compellito.*

Decima septima: *præses finito magistratu, quinquaginta dies in provincia subsistito privatus: suiq; copiam omnibus facito: quorumlibet accusationes sibi intentatas excipito. Si ante elapsum tempus magistratus, aut priusquam accusationibus responderit, provincia excesserit seq; subduxerit: ubicunq; inventus fuerit ad locum unde aufugit, retrahitor: ibi causa ab Episcopo loci cognoscitor; sed absque scriptis* (quod hodiè appellamus in foro summariè procedere, vel summarium processum: tametsi per abusum quendam illa quoque hodiè scriptis peragantur sæpè, quæ vivâ voce, & de plano expediri poterant) *si qui se expilatos à præside probaverint, tis quadruplum adjudicator & restituitor: deindè præses pœnis modò dictis subjicitor. De his primò ad principem provinciales referunto.* Quod in hac Novel. 8. dicitur de quinquaginta dierum mansione, finito magistratu, idem repetit Imperator *in Novel. 95. cap. 1. item, in præfat.*

Decima octava lex: *extra causam furti, rapinæ, & expilationis, nec non magistratus redempti, nemo præsidem durante magistratu accusato: sed dignitas præsidalis omnibus subditis sacrosancta esto: qui contrà faxit, & præsidi negotium facessere, eumque criminari ausus fuerit, ne impunè hoc ferto: sed exemplum in ipsum statuitor.*

Decima nona: *Quò arctiùs præsides ad officii sui observantiam adstringantur, Episcopus velut in specula constitutus, in actiones & consilia præsidum diligenter animadvertat, eorumq; velut observator esto perpetuus: si quid secus à præside factum deprehenderit, quam officii ratio permittebat, hoc quamprimùm Imperatoriæ Majestati indicato.* Hinc intelligimus quantam fiduciam Imperator habuerit de Episcopali integritate: & possunt hæc etiam addi ad cætera quæ de officio Episcopi suprà *cap. 7. in prima parte* diximus.

Atque hæc ferè sunt quæ *in Nov. 8.* memoratu digna continentur: cui Novellæ præter formulam sanè horrendam Jurisjurandi, quo præsides initio sui magistratus adstringi voluit Imperator, etiam subiicitur index quidam, sive notitia, ut Cujacius appellat, docens quantum quisque initio magistratus sui ex more recepto licitè dare potuerit.

Post

dicentur, nevè in aliorum fraudem defensio seu advocatio suscipiatur, nevè fisco aliena potentia opponatur. XX. *Præses nullis privilegiis impedito, quo minùs homicidas, adulteros, raptores virginum, aliosq; hoc genus facinorosos, justis supplicijs afficiat: quin & è locis sacris tales protrahito, utpote indignos jure asyli* (de asylorum jure ac vi, quatenus inde non possint inviti extrahi, vel possint, videatur *hîc* etiam Cujac. *ad Nov. 17.*) *bona facinorosorum præses eorum cognationi & legitimæ successioni integra relinquito* (quod etiam continetur *Nov. 134. c. ult.* unde sumpta est *Auth. bona damnatorum, C. de bonis proscriptor.*) *Qui in asylum metu aliquo compulsus, se receperit, ac fidem publicam implorarit, præses eam ad triginta dies concedito: interea in jure causam eius examinato: si condemnandus videbitur, & fidei date renunciare, ac judicata facere nolet, locis sacris ipsum restituito, & moderate ac debitâ loci reverentiâ* (sive, ut Cujacius, loquitur, salvo jure asyli,) *executionem contra vel in ipsum instituito.* XXI. *Si in jure dicendo præses negligentior fuerit, & querelæ super hac re ad Imperatoriam Majestatem deferentur: summam indignationem à Cæsare expectato.* XXII. *Qui priusquam præsidem convenerint, controversia sua gratia, adierint Imperatorem, acerbe cum objurgatione inanditi ab Imperatore ad præsidem remittentur.* XXIII. *Præses curam adhibeto, ne causarum executores, qui ex aula imperiali in provinciam venerint, quid amplius exigant, quam ipsis debetur. Qui super hac re apud præsidem conquestus fuerit, is adjutore præside, indemnitatem consequitor.* XXIV. *Qui jussa alicuius fori protulerit, de aquæ ductibus, de portubus, de itineribus sternendis, de pontibus, de imaginibus, de muris, aliisve similibus structuris: qualecunque forum fuerit, præses fraudem & damnum in subditos ne admittito.* XXV. *Si quis mandatum Cæsareæ Majestatis, proposuerit, sive intimaverit præsidi: ne sic quidem præses aliquid fieri in damnum subditorum permittito, priusquam causâ ad Imperatorem relatâ, alter acceperit mandatum.* XXVI. *Præsto operam dato, ut qui necessaria opera publica ex ærario vel extruunt, vel reficiunt, suis quibusq; locis diligentes sint.* XXVII. *Præses studiosè impedito, ne quid præter sanctiones imperiales, religionum aut sectarum inquirendarum causâ fiat; ne quis per hanc occasionem deprædetur provinciam, aut alioquin id genus jussionem tractet.* (Hic quoque † locus, de non admittendis in provinciam Inquisitoribus hæreticorum, valdè est notandus. Nam hæc res bonam partem Belgicæ provinciæ abalienavit ab Hispano, vid. Cujac. *hîc ad Nov. 17.* & plura dicam ad insignem illam Epistolam Plinii, qua Imperator Trajanus vetuit, ne inquisitio fieret in Christianos: de quibus quid faciendum esset, Plinius proconsul Imperatorem consuluerat.) 183 XXVIII. *Si quid emerserit, quod ad fidei controversiam pertineat, de eo præses una cum Episcopo suæ provinciæ cognoscito; hi causam ad normam fidei,* id est, ad præscriptum sacrarum literarum & antiquissimorum symbolorum, *dijudicanto.* XXIX. *Præses, si fortè in aliquos incîderit, quos suspicabitur ob gravia aliqua scelera à curiâ Imperiali quæri, illis nominatis & custodiæ traditis curiam Imperialem certiorem facito: si fuerint illi ipsi, quos curia quærebat, eò ad supplicium luendum deducendos curato.* Atque hæc ferè sunt capita legislationis in Novell. 17. propositæ.

His ad extremum & † hoc præceptum addit Imperator: ut præses, simul at- 19

S que pro-

niæ, *in Nov. 29*, de proconsule Cappadociæ. *in Nov. 30.* de præsidibus Armeniæ, *in Nov 31.* de moderatore Arabiæ, *in Nov. 102.* de proconsule Palæstinæ, *in Nov. 103.* de prætore Siciliæ, *Nov. 104.* Quæ Novellæ omnes non egent explicatione nostra. Possunt enim, cùm in desuetudinem isti magistratus abierint, ac jam olim mutati sint, ab unoquoque legendo cognosci ex ipsis Novellis, saltem historiæ illorum temporum & antiquitatis cognoscendæ gratiâ. Quod si quid in illis occurrerit inter legendum, quod exemplum præbere possit moribus nostris, id ab unoquoque facilè observari & excerpi, & ad usum conferri poterit. Adhibeatur etiam ad singulas harum Novellarum expositio Cujacii. Idem dictum volo de defensoribus civitatum, *in Nov. 15.* item de Decurioribus, *Novel. 38.* item de adjutoribus quæstoris, *in Nov. 35.* item de quæstore: *Nov. 80.* item de liberationibus Decurionum, *Nov. 79* denique de duce vis arcendæ, *Nov. 148.*

Postremò, † sub finem hujus cap tis de Magistratibus; observetur sapien- 27
tia Romanorum veterum in magistratibus constituendis, atque in provincias dimittendis: quam prædicat ipse Imperator, *Nov 13. & Nov. 105. in pr.* tanquam non minimam causam magnitudinis Imperii Romani. De qua justi Lipsij commentarius videatur, quem inscripsit *Admiranda sive de magnitudine Romana.*

PARS III.

Incipiens tractationem JURIS PRIVATI.

SUMMARIA.

1. *Transitio ad ius privatum, & in specie ad contractus.*
2. *Contractuum divisio in principales & accessorios.*
3. *Contractus principales.*
4. *Contractus accessorii.*
5. *Alia accessiones contractuum.*
6. *De contractibus principalibus pauca, de accessoriis verò multa in Novellis habentur.*

DIximus † hucusque de jure publico, tùm divino, sive sacro, tùm hu- 1
mano. Quæ verò præterea ad jus publicum pertinentia in Novellis continentur, de illis infrà explicabitur parte duodecimâ, & duabus sequentibus.

Nunc ad ea quæ juris sunt privati accedamus: primò visuri de contractibus, sive, ut Cicero vocat de rebus contrahendis. Contractuum † autem alii sunt 2
principales, alii accessorii. Principales † vocamus contractus, qui per se sub- 3
sistunt sine alio adminiculo: id est tametsi neque ipsi ad alios contractus accedant, nec alii contractus ipsis adjungantur: verbi gratia: mutuum, depositum, Emphyteusis, &c per se consistunt, etiamsi nullum ibi interveniat pignus nulla hypotheca nullus fidejussor. Accessorii † verò contractus sunt, qui ad a- 4
lios confirmandos accedunt & applicantur sive adjunguntur, soli autem & per se non consisterent. Tales sunt Fidejussio, pignus, hypotheca constitutum (tametsi hoc postremum non tàm est contractus, quàm pactum à prætore confirmatum, ad actionem producendam.) Nam nisi aliæ sint obligationes principa-

les, ad quas ista accedant, atque applicentur: nunquam ipsa per se & sola, ullam vim habebunt. *arg. l. 1. in verbo, accedere, & arg. l. 6. in fine, in verbis: dummodo sit aliqua, &c. & arg. l. 8. §. 1. 3. & 6. & l. 16. fideiussor. §. 3. in verbis: cui applicetur, & l. 34. in pr. & l. 37. fideiussor, cum similibus. ff. de fidejussoribus. Item arg. l. 5. ff. de pignor. Item. l. 1. §. debitum. & l. 3. §. 1. ff. de constit. pecun.* Sunt † & aliæ accessiones contractuum, 6 ut fœnus, usuræ, antichresis, &c. Illud † autem initio observandum: paucissima in Novellis contineri de contractibus principalibus, adeò ut vix unus & alter hìc attingatur, verbi gratia mutuum & depositum. De accessoriis autem longè uberiùs, in multis Novellarum locis explicatur; ut infrà apparebit.

CAP. I.

De Contractibus principalibus: ut de mutuo, & deposito: Item obiter ac remissive de Emphyteusi.

SUMMARIA.

1 *De mutuo quatenus in Novellis agat Justinianus.*
2 *De Deposito quid novi iuris constituerit Justinianus. Ad Nov 88. & Auth. sed iam tantum est. C. depositi.*
3 *De Denunciationum sive Protestationum creditoris vi & effectu.*
4 *Exceptiones tres.*
5 *Ratio prima exceptionis.*
6 *Favor depositi quantus.*
7 *Ratio secunda & tertia exceptionis.*
8 *Alimentorum causa favorabilis.*
9 *Alimentorum causa verecundiam pulsat.*
10 *An Novell. 88 penitus abroget l. pen. C. depositi, & denuntiationes omnino prohibeat.*
11 *Objectio Accursii refutata, remissivè.*
12 *De Emphyteusi, remissivè.*

DIxi modò, *in proœmio huius partis*, pauciſſimos esse contractus principales, de quibus Imperator in Novellis aliquid novi constituerit. Pleraque enim reliquit suo loco, & juriantè recepto, *arg. l. præcipimus 32. §. ult. C. de appellation. & l. 27. sancimus. C. de testamentis.* Vix unus & alter est contractus quem attigerit: ut mutuum & depositum, quos ex eorum esse numero, qui retinunt, notum est *ex Institut. titul. Quibus modis re contr. oblig. & l. 1. ff. de obligat. & act.* De mutuo † non universè, neque plenè a- 1 git Imperator: cuilibet scilicet dato, & quoquo modo, etiam absque usuris; sed in specie de eo mutuo, quod agricolis datum fuerit, & quidem sub usuris, vel ex pacto de antichresi. Huc pertinent tres istæ Novellæ *32. 33. & 34.* Ex quo apparet, non tàm quatenus mutuum est contractus principalis, & per se consistit, in Novellis de eo agi, quàm quatenus ad id accedunt usuræ & Antichresis. Quocircà commodius videtur, ut harum Novellarum explicationem differamus paulisper, & in caput aliquod sequens rejiciamus. *Vide infra cap. 10. hac 3. parte.*

2 Sub hoc igitur capite tantùm cognoscamus, quid novi juris Imperator † de depositio constituerit. Huc pertinet *Nov. 88.* unde sumpta est *Auth. sed iam cautum est: quæ subiicitur l. pen. C. depositi.* Summa hæc est de novo illo Jure circa depositum: Si quis denunciatione sive attestatione, sive interdictione sua, hoc effecerit

effecerit apud depositarium, quo minus ille depositum Domino sive deponenti restitueret repetenti: vel apud inquilinum, quò minùs hic domino eidem qui locatori ædium, pensionem præstaret: vel denique apud erogatorem seu præfectum annonæ, quò minùs panes civiles aut tesseras præberet præberet: ei qui sua denunciatione, restitutionem depositi vel præstationem pensionis, vel annonæ præbitionem impediverit, pœna hæc irrogator, ut omne damnum quod inde emerserit, vel domino rei depositæ, vel locatori domus vel cui annonæ debentur, ipsi resarcire cogatur: ut periculum rei pecuniæve depositæ ad ipsum pertineat: & ut pecuniæ usuras trientes præstet, inde usque à tempore interpositæ denuntiationis sive interdictionis atque impedimenti.

Notandus est hic locus propter multa, sed in primis † ob contestationes sive denunciationes, quas vulgò appellare solemus, Protestationes. De quarum vi & effectu hoc tenendum est: regulariter quidem potest creditor denunciare debitori, ne is alteri item creditori solvat: quo facto cogitur debitor, cui sic denunciatum est, parere sui creditoris denunciationi: atque ita impedimentum, sive remora iniicitur debitori ne possit alteri solvere: etiamsi ille offerret cautionem de indemnitate, aut defensione præstanda debitori denunciato contra denunciantem. *Vide l. ult ff. de L. commissoria. l. 21. heres. ff. ad SC. Trebell. l. 27. utrum. ff. de constitut pecun. l. 4. C. quæres pign. obl. q poss. & ibi Hotomannus post alios, item Br. & alii ad l. 8. non solum. §. qui opus. ff. de operis novi nunciat.* Sed excipiuntur † tres illæ causæ in quibus denunciatio non attenditur: prima est depositi restitutio. Secunda præstatio pensionum ex causa locationis ædium. Tertia, præbitio, seu erogatio annonæ publicæ, sive, ut vocantur, panum civilium. Horum, inquam, nihil impeditur, per denuntiationem seu interdictionem alterius creditoris: imò insuper etiam illis, quas dixi pœnis adficitur is qui denuntiationem fecerit, ut & periculum sustineat, si fortè rem interire contingat, aut debitorem fieri non solvendo, & usuras præstet trientes à tempore denuntiationis. Ratio istarum exceptionum, & quidem primæ, † est favor depositi, qui in jure est maximus, & ne occcasio detur perfidiæ ob retentum depositum, sive denegatam eius restitutionem. *l. pen. in pr. C. deposit. & cap. ult. ext. de deposito.* Et sane quantus sit † favor depositi, ex his potissimum spectari potest: 1. quòd hic contractus præcæteris exigit bonam fidem, quæ in eo exuberat atque extellit. 2. quòd depositi actio est famosa, *l. 10. C. deposit.* 3. quòd non admittit compensationem *l. ult. C. de compensatione. & d. l. pen. C. depos.* 4. quòd depositi ratio etiam privilegiis anteponitur *l. 7. §. quoties pen. ff. deposit.* 5. denique, quòd exceptio non numeratæ pecuniæ, vel rei non traditæ, non admittitur contra instrumentum seu chirographum, quo quis confessus est, se depositum ab aliquo accepisse. *l. 14. in contractibus. §. 1. C. de non numer. pecunia.* Alterius † & tertiæ exceptionis ratio est: quia & in pensionibus & in annonis versantur alimenta, quæ ex illis fortè comparantur, præsertim ab hominibus tenuioribus. Est autem † causa alimentorum in jure maximè favorabilis: unde neque super illis transigi potest in futurum: ut explicatur *ad l. 8. cum hi. per tot. ff. de transactio.* neque compensatio obiici potest alimentorum petitioni. *l. 2. §. sumptuaria. ff. de*

9 *administr. rer. ad civit. pertin.* Denique etiam † verecundiam pulsat alimentorum causa, *arg. l. 8. pecuniæ sortem. ff. de alimen. legat.*

10 Quæritur † hîc an per *dictam Nov. 88.* planè abrogetur posterior pars *d. l. pen.* C. *Depositi.* & an penitus tollantur denuntiationes; prohibeatur que simpliciter ac præcisè, ne Dominus post alterius denuntiationem repetens depositum cogatur depositario cavere datis fidejussoribus de ipso defendendo contra denuntiationem vel conventionem creditoris? Et adsentior Cujacio *ad d. Novel. 88.* item que Giphanio *ad d. l. pen.* C. *d. pos.* qui docent, non simpliciter prohiberi denuntiationes, & cautiones sive satis dationes, de depositario defendendo: sed tantùm pœnas irrogari denuntianti: quæ quales sint jam suprà exposui.

11 Hæc de depositio. Objectionem † verò quam contra hanc Novel. adfert. Accursius *ex l. 9. officium. ff. de rei vindic.* levem esse ac nihili demonstrat recti simè: Cujacius *ad d. Nov. 88.*

12 De Emphyteutico † etiam contractu agitur aliquot Novellis, maximè *Novel. 7. & Nov. 120. cum similibus.* Sed quia ferè tantum de rerum Ecclesiasticarum Emphyteusi tractant: retulimus eas ad partem primam, ubi de jure sacro agebamus. Inde igitur illarum explicatio repetatur.

CAP. II.

De contractibus accessoriis: & primùm quidem de fidejussoribus & cæteris. Ad Novell. I. V.

SUMMARIA.

1. *Continuatio.*
2. *Accessoriorum contractuum divisio.*
3. *Primi generis accessoriorum contractuum subdivisio.*
4. *De fideiussoribus.*
5. *Ad Novel. 4.*
6. *Inscriptionis Nov. 4. varietas.*
7. *De vocabulis fideiussorum, confideiussorum, consponsorum, &c.*
8. *Sponsor & fideiussor non differunt.*
9. *Sponsor & Responsor differunt.*
10. *Mandator & fideiussor effectu non differunt: modo constituendi differunt.*
11. *Expromissor & fideiussor differunt.*
12. *Ad expromissores Novella 4. non pertinet.*
13. *Differentia inter fideiussores & duos reos debendi, sive correos remissi.*
14. *Partitio Novellæ IV.*
15. *Primæ partis summa.*
16. *De beneficio ordinis & excussionis remissivè.*
17. *Novella quarta specimen mutabilitatis legum & rerum humanarum exhibet.*
18. *Diversitas enim de ordine conveniendi fideiussores secundum tres distincta tempora.*
19. *Ratio novissimi muris, de convenisendo priùs debitore principali.*
20. *An fideiussor possit beneficio excussionis renunciare?*
21. *An sufficiat generalis renunciatio?*
22. *Quartum ius & tempus, circa hanc quæstionem de ordine convenisendi debitorem & fideiussorem.*
23. *Statutum Norinbergense*
24. *Reo absente index tempus præfiniat fideiussori intra quod reum sistat.*
25. *Privilegium argentariorum.*
26. *Altera Novella pars.*
27. *Distinctiones in altera Novellæ parte propositis, secundum tres casus.*
28. *Primus casus.*
29. *Secundus casus.*
30. *Creditore possidente pignus, an id prius distrahi debeat quam fideiussor convenire debeat?*
31. *Tertius casus.*
32. *Ordo in convenisendo fideiussore observandus.*
33. *Quam multa loca juris veteris per Novellam quartam correxerit Justinianus.*
34. *Conciliatio Novellæ 112. de Litigiosis, & Authentica Hoc si debitor. C. de pignorib. cum Novellâ 4.*

Post

POst contractus † principales, jam naturali ordinis ratione viden 1
dum est de Accessoriis. Hos itaque licet partiri, † ut alii ad quasvis ob 2
ligationes accedant; ut fidejussio, pignus, hypotheca, & constitutum: alii ad matrimonium tantum, ut sunt dos & donatio propter nuptias: alii denique ad sponsalia & matrimonium, & emptionem ac venditionem, eiq; similes contractus, qualis est arrharum datio: tametsi de arrhis non recorder nunc, quidquam in Novellis constitui novi. De dote autem & donatione propter nuptias agemus *infrà parte quinta.* Primum † genus contractuum ac- 3
cessoriorum ita possumus subdividere: quòd quidam tantùm ad alienas obligationes, nunquam ad proprias accedant: quidam æquè ad proprias atque ad alienas: verbi gratia: pignus, & hypotheca, & constitutum accedere possunt non tantùm ad alienas, sed etiam ad proprias obligationes. *l. 5. § ult. ff. de pignor. l. 28. ubi. & l. seqq. cum similib. ff. de const pecun.* Sed fidejussio omnis est accessio ad alienam duntaxat obligationem. Nemo enim pro seipso fidejubet, sed tantum pro alio fidem suam interponit.

Ex † accessionibus igitur primo loco videamus DE FIDEJUSSORIBUS: 4
tametsi difficile est de his explicare, quoniam simul etiam de aliis accessionum speciebus, dicere nos cogat ipsa rerum connexio. Refert tamen non parum, quid principaliter & ex professo tractetur, sive quid obiter attingatur.

De fidejussoribus igitur est † *Nov. 4.* quæ in veteri translatione hanc habet 5
† inscriptionem: *De fidejussoribus, & mandatoribus, & sponsoribus, & solutionibus.* 6
In editione Cujacij ex manuscripto codice Reginæ matris, ita concipitur titulus: *De fidejussoribus, & mandatoribus, & pecunia constituta reis.* In Novellis Haloandri Norimbergæ editis Græca inscriptio hunc sensum profert: *ut creditores primùm aggrediantur principales debitores: deinde illis solvendo non existentibus, secundo loco mandatores etiam, aut constituta pecuniæ reos, aut fidejussores.*

Sed priusquam de ipso Jure novo, hac celeberrimâ Novellâ per Justinianum constituto, explicemus: necessarium videtur evidentiæ causa, de vocabulis pauca præmittere. *Fidejussores* † igitur sunt, qui quod alter ex quacunq; 7
causa debet, fide sua esse jubent: sive qui pro altero fidejubent, seu spondent. Hi si plures sint appellantur *confidejussores*, itemque *consponsores*, itemque *correi fidejubendi.* Si accepti sint pro evictione appellantur speciali nomine *secundi autores*, & Græco vocabulo βεβαιωταὶ, quasi dicas *confirmatores.* *Sponsores* † pu- 8
tabat Accurs. diversos esse à *fidejussoribus*, & significare eos, qui non rogati, sed ultrò pro aliis fidejubent, quod rectè refellit Cujac. *ad hanc Novell.* docetque nihil interesse inter sponsorem & fidejussorem apud Ciceronem & Paulum *in sententiis*: alios que bonos autores: quod & verissimum est. Nam quilibet fidejussor est etiam sponsor & quilibet sponsor, est fidejussor. Alius † autem *à spon-* 9
sore est *responsor* apud veterem interpretem Novellarum; qui sic vertit, eum quē Græci nominant ἀντιφωνητὴν; reum constitutæ pecuniæ denotantes: sicut in veteri Ecclesia quas Græci ἀντιφώνους, Latini *responsoria* vertêre. Additur in tit. Novellæ *de mandatoribus.* † Hi etiam in titulo Digestorum conjunguntur cum fidejussoribus, & in *tit. C. ne fidejussor, vel mand. dot. detur.* In effectu au- 10

tem

tem nihil interest inter *mandatorem & fidejussorem*: uterque enim obligatur, & inter fidejussorem quoque ac eum pro quo quis fidejussit nascitur actio mandati quod & Cujacius admonuit *in C. de fidejussor. & mand.* Sed in modo constituendi nonnihil differunt. Nam fidejussor omnis per stipulationem constituitur. *l. 12. C. de fidejussor.* Sed mandator is est, qui mandatum interponit, quod est contractus nudo consensu constans: & inter absentes quoque fieri potest: cùm fidejussio requirat præsentiam eorum qui contrahunt, sicut & stipulatio ipsa,
11 per quam fit fidejussio. *Expromissor* quoque similis † est fidejussori: sed in eo differt, quod seipsum, loco principalis debitoris, constituat facta novatione, & proinde liberet atque eximat reum obligatione: cùm fidejussor reum principalem non liberet, sed obligatum relinquat, & ad ipsius obligationem accedat.
12 Itaque † hæc Novella ad expromissores non pertinet, ut & Cujac. rectissimè
13 admonuit, *in expositione hujus Novellæ, non procul à fine.* Denique † quo modo à fidejussoribus differant *duores debendi, sive correi*, exponitur à Cujac. *ad Nov. 99.* vide de istis intercessorum speciebus & differentiis etiam Mynsing. *ad Rubr. Instit. de fidejussorib.* & Johannem Schneidewein *ibidem*: qui tamen in eo non est sequendus, quod sponsores à fidejussoribus diversos facit, quem errorem Accursij & aliorum paulò antè rejecimus, cum Cujacio.

14 His præmissis, † nunc de re ipsa, & de jure novissimo videamus, quod Imperator de fidejussoribus, aliisque intercessoribus, quorum eadem ratio est, constituit. Agitur autem in hac Novella IV. primùm de ordine conveniendi vel reum seu debitorem principalem, vel fidejussorem, & cæteras accessiones, ut pignora vel hypothecas. Deinde de bonis debitoris in solutum dandis creditori. Atque hæc duo capita istius Novellæ constituit. Cujacius. Fr. Balduinus, qui hanc Novellam diligenter exposuit *in fine sui Justiniani, pagina 525. & seqq. aliquot*, tria facit membra, quod inde fit, quia primam partem secat in duas. Sed in effectu res eodem recidit cum partitione Cujacij.

15 Summa † igitur primæ partis hac propositione continetur. si quis reum aliquem principalem, & simul fidejussores, vel mandatores, vel constitutores, obligatos habuerit, aut similes aliquos intercessores: non erit in arbitrio eius, velitnè priùs convenire reum principalem, an fidejussores & cæteros: sed cogetur priùs convenire Reum principalem: dummodò ille & solvendo sit, & præ-
16 sens sit. Et hoc est, † quod vulgò vocant Interpretes, *beneficium ordinis*, item, *beneficium excussionis*, fidejussori & similibus competens. De quo vide & wesemb. *ad §. si plures, in verbis: solidum petere, Instit. de fidejussor. & in Paratitl. ff. eod. n. 6. vers Id autem sciendum est.* Item Mynsing. *ad eund. tit. in Instit. n. 12. & seqq.* Item Ludolphum Schraderum *ad eund. tit. n. 38. & seqq.* Denique Modestinum Pistoris *consil. 35. n. 26. vol. 1. & consil. 1. n. 48. & seqq. vol. 2.* Latissimè verò omnium & accuratissimè Anton. Heringium *in tract. de fidejussoribus cap. 27. quod est de beneficiis fidejussorum, part. 1.* ubi etiam exceptiones viginti tres tradit & examinat, quibus cesset hoc beneficium excussionis sive ordinis.

Sed omissis nunc Doctoribus, eorumque de hac re commentariis, ad quos sùm opus erit, recurri poterit; ut revertamur ad expositionem Novellæ nostræ,

ea † ne-

ea † nobis illuſtre exhibet ſpecimen mutabilitatis legum, & mirabilis in- 17
conſtantiæ rerum humanarum: de qua in genere & latè dixi *ſuprà in Prolegomenis.* Eſt autem operæ pretium † circa hanc quæſtionem de ordine conve- 18
niendi fidejuſſores, tria obſervare diſtincta tempora ac jura. I. fuit tempus, cum priùs convenire oporteret debitorem principalem, quam fidejuſſorem: idque lege veteri conſtitutum fuiſſe, teſtatur hic Imperator *initio Novellæ*, quæ tamen lex uſu non fuerit comprobata. Suſpicatur Cujacius hanc legem in XII. tabulis comprehenſam fuiſſe. Balduinus verò *in Juſtiniano, dicto loco*, aliique fatentur ſe neſcire quænam fuerit ea lex, aut cujus fuerit temporis, auctorisve. Proinde & nos hoc in medio relinquimus. Secundum tempus ac jus illud eſt, quo creditori competebat electio; ut poſſet, utrum prius vellet, convenire, ſive reum principalem, ſive fidejuſſorem, mandatorem, &c. imò etiam ab uno redire ad alterum: qua de re multæ ſunt leges tàm in codice, quàm in Digeſtis, vide *l. 48. Quintus Mutius. & l. 56 qui mutuam. ff. mandat.* item Paulum *lib. 2. ſentent. tit. 17. n. ult.* & ibi Cujac. item *l. 3. 5. 19 & ult. cum ſimil. lib. C. de fidejuſſor.* Exceptis tamen quibusdam caſibus, quibus fidejuſſor non poterat conveniri ante excuſſum reum principalem, eiúsve heredem: puta ſi id actum eſſet, vel expreſſo pacto vel vi ipſa, & tacitè. *vid. l. 16. §. ult. & l. 41. ff. de fidejuſſor. & l. 116. ff. de V. O.* Excipiebatur etiam debitum fiſcale: de quo priùs oportuit convenire reum principalem, quàm perveniri poſſet ad acceſſiones, id eſt, fidejuſſorem & pignora *l. 47. Moſchus. in pr. f. de jure fiſci. & l. 1. C. de conven. fiſci debitor. lib. 10.* Item excipiebatur is, qui fidejuſſerat apud rempub. pro magiſtratu. Nam & reſpublica priùs convenire debuit ipſum reum principalem, qui magiſtratum geſſerat, & ex ea cauſa aliquid reliquatus fuerat: à quo ſi ſuum conſequi ac ſervare non potuiſſet, tunc demum licebat contra fidejuſſorem agere *l. 3. §. ult. ff. de adminiſtr. rerum ad civitat. pertinent.* Tertiò Juſtinianus per hanc *Nov. 4* in uſum revocavit jus antiquum, ut ſcilicet reus principalis priùs conveniatur, quàm acceſſiones. Ratio † huius noviſſimi juris hæc eſt: ut magis conſulatur, caveaturque fidejuſ- 19
ſoribus, cùm nimis durum atque inhumanum videretur, eos ſtatim excuti ante debitorem principalem & experiri illud vetus. *Sponde, noxa præſto eſt.* Deinde quia hoc ipſum tacitè videtur actum inter fidejuſſorem & creditorem; ut fidejuſſor in id demùm teneatur, quod creditor à principali debitore conſequi non potuerit: cui conſequens eſt ut principalem prius excutiat. Quæritur hîc, *an* † *fidejuſſor poſſit renunciare beneficio excuſſionis, & ſe obligare ad hoc ut antè debitorem principalem conveniatur?* Et nemo dubitat quin valeat huiusmodi conven- 20
tio & renunciatio per generalem regulam *l. ſi quis in conſcribendo. pen. C. de pact.* Sed hoc amplius quæritur: † *an ſufficiat generalis renunciatio, & obſtet fidejuſſo-* 21
ri? Qua de re tametſi variæ fuerunt opiniones Doctorum: tamen verior videtur negativa: quam & Elector Saxoniæ Auguſtus probavit, *parte ſecunda n. 17. ſuarum conſtit. videatur & pars quinta conſultationum Saxonicarum, queſt. 9. ubi latè hæc queſtio examinatur.*

Poſſ. mus etiam † quartum jus & tempus obſervare: quo ad jus Pande- 22
ctarum & codicis reverſio facta eſt per ſtatuta quorundam locorum ſive per le-

23 ges municipales: quale ſtatutum † extat Norimbergæ. Diſerta enim ſunt verba Reformationis *tit.19 l.1.* quæ idcircò adponam; quia & aliis locis ſimilia obſervantur. wann einer für den andern ohn beſonder außtrückenlich geding Bürg wird: ſo ſtehet in deß glaubigers freyen willen / den ſelbſt ſchuldner/ vngeledigt deß Bürgen/oder den Bürgen vngeledigt deß ſelb ſchuldners vmb die Bezahlung für zunehmen: vnd iſt derſelbig Bürg das jenig dafür er Bürg worden zu leyſten vnd zu erſtatten ſchuldig/ꝛc. Hîc manifeſtum eſt rediri ad Jus Pandectarum & Codicis abrogatâ Novella noſtra. Permittitur enim electio creditori, utrum malit convenire: & ut poſſit fidejuſſorem etiam ante reum principalem convenire: neq; electio unius liberat ab obligatione alterum.

Tantùm de prima Novellæ quartæ parte, id eſt, de fidejuſſore non ante conveniendo, quàm excuſſus fuerit reus principalis. Videatur etiam *Auth. præſente.*
24 *ubi Dd. & Donell. quoque. C. de fidejuſſor.* Additur item, † quid faciendum ſit, ſi reus abſit: nempe deſiderante fidejuſſore ſeu interceſſore, judicem debere tempus definire, intra quod fidejuſſor reum ſiſtat: eoque elapſo tunc demùm conveniri poſſe ipſum interceſſorem ad ſatisfaciendum: ſed tamen ceſſis ſibi à
25 creditore actionibus adverſus reum principalem. Excipiuntur hinc † ſoli argentarii, ſive numularii. Nam hi ex cauſa acceſſionis prius cõveniri poſſunt, quàm reus principalis: *ut hic §. ult. & Novell. 136.* Videatur etiam de ſuprà dicta Auth. præſente. Guido Papæ *in Deciſionibus Gratianopolitanis quæſtio. 94. & quæſtio. 570.*

26 Sequitur † altera pars Novellæ noſtræ, ſecundum Balduinum, vel alterum membrum primi capitis, ſecundum Cujacium: nempe, an creditor qui præter fidejuſſorem etiam pignoribus ſibi caveri voluit (quod fieri ſolere cùm alia multa Juris noſtri loca præter quotidianam experientiam teſtantur, tùm *l. 2. C. de fidejuſſor.*) etiam pignus, vel hypothecam priùs quàm fidejuſſorem excutere debeat, ſicut jam diximus reum principalem ab ipſo prius conveniendum eſſe.

27 Hîc diligenter † diſtinguendi ſunt tres caſus quibus obſervatis res erit planiſſima. Nam aut debitor poſſidet pignus, vel hypothecam aut creditor (ſc.
28 poſſidet) aut denique tertius aliquis, ſeu extraneus. Primò † caſu, id eſt, ſi debitor, ſive dominus poſſideat pignus vel hypothecam, creditor agit adverſus ipſum quacunque vult actione, hoc eſt vel perſonali, vel hypothecaria, vel etiam utraque ſimul. Ita rectè Cujac. & Balduin. *hîc* poſt Johannem & Br. aliosq;, *per l. 10. adverſus C. de O. & A. & l. 24. perſecutione. C. de pignor & hypoth. cum ſimilib.*

29 Secundo † caſu, hoc eſt, quando creditor poſſidet pignus, qui & fidejuſſorem
30 accepit, quæritur † an non debeat priùs diſtrahere pignus, & inde ſibi ſatisfacere, quàm ad fidejuſſorem pervenire poſſit? Jure veteri, id eſt, ante Novel. quartam recepto, res eſt extra dubium: nam hic quoque libera fuit electio creditoris. *l. inter. §. creditor. ff. fidejuſſor. & l. 2. C. eodem tit.* Sed jure noviſſimo res non ſatis expedita videtur, an, inquam, etiam hîc aliqua mutatio à Juſtiniano introducta ſit, quòd ſcilicet fidejuſſor hodiè non poſſit conveniri, niſi priùs creditor diſtraxerit pignus & totum creditum inde conſequi non poterit. Accurſius dubitat, nec audet hoc dicere, quia difficulter diſtrahatur pignus. Sed

Baldui-

Digitized by Google

Balduinus eleganter disputat *pag. 532. & seqq. in fine Iustiniani*, tàm æquam esse Imperatoris sententiam, volentis consulere, & cavere fidejussori, ut omninò sit adjuvanda interpretatione benignâ & liberali. Quod nisi fecerimus, verbis tantùm inhærentes, neglectâ legislatoris mente, fraudem facere videbimur huic constitutioni, *l. 29. contra legem & l. seqq. ff. de legibus*. Præterea statuit Imperator, ut eo casu, quo debitor possidet pignus, non possit creditor ad fidejussorem pervenire, nisi prius excusso ipso. Multò igitur magis videtur hoc idem voluisse etiam altero casu, quo creditor pignus possidet. Non debemus autem ita vel sari in legibus & constitutionibus interpretandis, ut posito expresse uno, repudiemus alterum, quod ex illo omninò consequitur. Tertiò † casu, 31
id est, quando pignus neque à debitore, neque à creditore possidetur, sed ab extraneo, & tertio aliquo, res rursum expedita est; non enim prius hypothecaria locum habebit, aut creditori dabitur adversus extraneum pignoris possessorem, quàm convento reo principali, & post eum fidejussore, à neutro suum consequi potuerit. De hoc tertio casu omninò etiam consulendus est Guido Papæ *quæst. 432. per totam*. Omninò † itaque hic ordo observandus est, à Ju- 32
stin. præscriptus, quem etiam tradidit Johan. Faber *in Breviario Codicis ad Auth. sed hodiè novo Iure C. de Ob. & Act.* Videatur etiam *Auth. Hoc si debitor. & ibi Dd. C. de pignor. & hypoth.* Hic, inquam, ordo observandus. 1. conveniendus est ipse reus principalis actione personali, vel ipsa res oppignorata seu hypothecata, quam reus adhuc possidet. Tunc enim in arbitrio est creditoris, vel in personam agere, vel in rem hypothecariâ scilicet, sive quasi Serviana, ut & suprà monui. 2. Excusso jam reo principali præsente, nec solvendo reperto, tunc demum conveniendus est fidejussor. 3. post excussum etiam fidejussorem si nec ab hoc suum consequi potuerit creditor, tunc demum rectè aget hypothecaria contra extraneos possessores rerum à debitore obligatarum. Atque ita hypothecaria actio magis est etiam subsidiaria, quàm fidejussoria. Et placet quod eleganter scripsit Balduinus *pag. 536.* si cui cautum sit prædibus prædiisque, is prædes excutere antequam prædia impetrat, debet. 4. Post hæc omnia conveniri poterunt à creditore possessores rerum fidejussoris, si quas hic etiam obligaverit præter personalem sui obligationem; nam sæpe fit, ut etiam fidejussor simul det pignora vel hypothecas pro debitore principali.

Ex his apparet quàm † multa loca juris antè recepti Justinianus per hanc 33
Novellam correxerit, aut certè restrinxerit, verbi gratia. *l. ult. C. de Obl. & Act. l. 24. persecutione C. de pignor. & hypoth. l. 19. mulier ff. qui potior. in pign. l. 2. 3. 5. 17. 19. cum similibus. C. de fidejussoribus.*

Sed obiicitur † superiori ordini *Nov. 112. de lit. gios. §. ad hæc*, unde sumpta est 34
Auth. Hocsita C. de pignor. ubi videtur creditor prius agere hypothecaria, quam personali actione. Joh. Faber duobus modis respondet *in Breviar. eod. ad. Auth. Hoc si debitor. C. de pignor.* 1. Eam Novel. 112. quæ ut ait Balduinus septem annis est posterior, intelligendam esse secundùm Novel. quartam, ut excusso priùs debitore detur ibi hypothecaria adversus extraneum: quam responsionem ait esse Jacobi de Ravenna: eandem quoque tradit *ad Authen. sed hodiè. C. de O. & A.*

Secundam ſolutionem eſſe ait Johannis, nempe poſteriorem Novel. 112. loqui de caſu ſpeciali quando debitor vendidit rem litecontra ſe conteſtata, atq; ita rem litigioſam. Et hanc reſponſionem Donellus quoque amplectitur *in comment. ad l. 14 diſtractus. C. de pignor.* ubi de hac quoque *Auth. Hoc ita n 3* explicat, videlicet debitore adhuc poſſidente pignus cæpiſſe creditorem cum eo agere hypothecaria, & lite pendente debitorem pignus alienaſſe. Aliter Cujac. *hîc ad Nov. 4.* qui ait, creditorem prius egiſſe perſonali actione cum debitore: deinde cum debitor lite pendente pignus vendidiſſet potuiſſe creditorem etiam cùm emptore pignoris experiri hypothecaria: quanquam hæc reſponſio ferè coincidit, cum illa Jacobi de Ravenna & Johan. Fabri priore. Balduinus *d. Novellam 112.* accipit de hypotheca ſpeciali: & hanc quartam ita reſtringit, ut potius intelligatur de Jure hypothecæ generalis, quàm ſpecialis: ut ita Imperator in *Nov. 112.* ſecundum Balduinum hoc ſtatuerit: ſi cui res nominatim & ſpecialiter obligata ſit, quam debitor, deinde vendiderit, poſſe creditorem, cui nõ fuerit ſatisfactum ex pretio pignoris diſtracti ſtatim rem illam perſequi, & emptori auferre per hypothecariam, nondum licet excuſſo debitore. Quanquam autem non ſum neſcius alioquin in Jure longum eſſe diſcrimen inter ſpecialem & generalem hypothecam, quarum illa plus afficit rem, & magis ſtringit, quam hæc ſicut in toto Jure generi per ſpeciem derogatur, & illud potius habetur quod ad ſpeciem eſt directum, ut eſt in regulis juris: tamen de eo valdè dubito, an hæ duæ Novel. ita ſint accipiendæ, ut quarta quidem loquatur de generali: centeſimaduodecima verò de ſpeciali hypotheca. Itaque expoſitionem Johannis & Donelli præfero tam Balduini quàm Cujacii ſententiæ: Nam quod Cujacius ait de perſonali actione priùs intentata debitori, non probat: neque ſtatim à perſonali actione contra debitorem propoſita, creditor pergere poteſt ad extraneum quemlibet pignoris poſſeſſorem; niſi priùs & fidejuſſorem excuſſerit: ut ſuprà tertio caſu dixi.

CAP. III.

De ſolutione, ad Auth. Hoc niſi debitor. C. de ſolutionib.

SUMMARIA.

1 *Novella quarta caput poſtremum: & Auth. Hoc niſi debitor. C de ſolut.*
2 *Cur ſeparatum à ſuperioribus.*
3 *Aliud pro alio creditori invito ſolvi non poteſt.*
4 *Exceptio: niſi debitor quamvis ſtatu non habeat in pecuniâ, unde ſolvat.*
5 *Conditiones iſto caſu attendenda.*
6 *Ratio, quare creditor in caſu exceptionis cogatur prædia pro numis in ſolutum accipere.*
7 *Ratio, cur optima & præſtantiſſima res ſint danda in ſolutum.*
8 *Novell. 120. in Eccleſia ſingulare quid conſtituit.*
9 *Ratio quare iudicis æſtimatio intervenire debeat.*
10 *Legis 15 § 3. ff. de re iudic. cum Novel. 4. conciliatio.*
11 *Ratio, quare cautio de ceſſione à debitore præſtanda ſit.*
12 *Qualis hic requiratur cautio.*
13 *Si venditor prædiorum inveniatur, quid obſervandum?*
14 *Ceſſio bonorum, & datio in ſolutum, quatenus differant aut conveniant?*
15 *Differentia prima.*
16 *Ceſſio bonorum quodammodo ignominioſa eſt.*
17 *De-*

17 *Detectores.*
18 *Secunda differentia.*
19 *Creditor qui fundum in solutum acceptum pluris vendidit, debitori reliquum reddere non tenetur.*
20 *In quo conveniant cessio bonorum, & datio in solutum?*
21 *An debitor se ad carcerem & vincula obligare possit?*
22 *Cessionis beneficium non prodest dolose dissipatori.*
23 *Beneficium cessionis multorum locorum statutis vel consuetudine sublatum: & rectè.*
24 *Cessio bonorum, & conturbatio rationum, seu banca ruptio, differunt.*
25 *De aliis quæ hic tractari possent, remissivè.*

SEquitur † postremum caput Novellæ quartæ, quod est de datione 1
in solutum, incipiens à §. *Quod autem d. Nov. 4.* Placuit † autem 2
hoc caput separare à superioribus, & huc conjicere in proprium tractatum, partim ne præcedens caput nimis prolixum evaderet, partim quia istud præsens nihil ferè commune habet cum fidejussoribus & pignoribus; de quibus antè dictum *in eadem Novellæ quartæ.* Solet enim Imperator in multis Novellis etiam res diversissimas conjungere, quod suprà *in prolegom.* admonui, cùm agerem de causis difficultatum quæ in Novell. sunt. Et ex hac parte postrema Novellæ quartæ sumpta est *Auth. Hoc nisi debitor.* C. *de solution.* cujus argumentum nunc est explicandum.

Regula est † juris antiqui, aliud pro alio invito creditori solui non posse. *l.* 3
2. §. *1. ff. de reb. credit.* Nam solutione eius quod debetur, omnis obligatio tollitur: vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solvit, *inst. tit. Instrum. quib. mod. tol. obl. l. 17. manifesti.* C. *de solution. l. 46. si quis aliam in pr. ff. eod.* Hinc neque debitor potest cogere creditorem, ut nomen debitoris sui in solutum accipiat. *l. 16. cum, à quo* C. *de solution.* Idem est etiam in rebus corporalibus, verbi gratia si tibi debeam mille aureos, non possum te cogere, ut in solutum à me accipias domum meam, vel agros & vineas, quamvis eiusdem fortasse sint pretii. Non enim debeo tibi meam domum, non agros, non vineas: sed mille aureos. Itaque aliud pro alio solvere tibi volens invito non sum audiendus.

Ab † hac regula sunt quædam exceptiones, quarum una continetur *in dicta parte postrema Novellæ quartæ, & d. Auth. Hoc nisi debitor.* C. *de solution.* Nempe si debitor quantitatis puta, centum aureorum, non habeat in pecunia unde 4
solvat; tunc enim necessitas, (quæ proverbio dicitur *durum telum & legem non habere, & frangere ferrum.*) Cogit nos huc recurrere ut admittatur solutio in re alia sive in solutum datio. Qua † in re attendendæ sunt hæ conditiones ab 5
Imperatore præscriptæ. 1. ut res mobiles dentur si quas habet debitor numis destitutus. 2. si mobiles non habet, ut tunc dentur in solutum res immobiles, si earum emptores non inveniantur: Sed dentur optimæ & præstantissimæ in suo genere & quidem à judice factâ earum æstimatione & præterea cautione de evictione creditori per debitorem præstitâ. Ratio, † primùm quare hoc ca 6
su cogatur creditor in solutum accipere prædia pro numis, est ipsa necessitas: nam neque aliud fieri posset: & huc tandem perveniendum foret, si vel maximè urgeret creditor debitorem ad solvendum: tum enim bonis cederet debitor, qua cessione bonorum, quamvis sub ignominiosa, liberationem à carcere

consequitur ex lege Julia, *ut est in tit. ff. de cession. bonor. & tit. C. qui bon. ced. poss.*

7 Deinde, † cur optimæ & præstantissimæ res dandæ sint creditori in solutum, ratio est quia sic magis consulitur creditori, cui alioquin hic invito aliud pro alio solvitur: unde æquum est ut habeat aliquod coactionis istius quasi solatium, & pro uno in commodo alterum consequatur commodum. Sed obstare videtur

8 † *Nov. 120.* ubi si quod prædium Ecclesiasticum dandum sit creditori Ecclesiæ in solutum non debet dari optimum & præstantissimum, sed mediocre. Resp. id speciale esse in Ecclesia: cui magis favetur, sive cuius major habetur ratio, quàm privati debitoris: Jus autem singulare non debet produci ad consequentiam *l. 14. quod verò. ff. de legibus. & l. 141. quod contra. ff. de Regulis Iuris.* Ter-

9 tiò, † quare hic debeat intervenire æstimatio judicis, ratio est, ut consulatur tàm debitori quàm creditori: illi ut recipiat superfluum, si pluris sit prædium, quàm summa debiti; huic, ut si minoris sit prædium quàm creditum salva sit

10 petitio residui. Vide Balduinum hic *pag. 540. in Justin.* Non obstat † *l. 15. à D. Pio §. si pignor. 3 ff. de rejudic.* ubi non habetur ratio hujus æstimationis rebus in causam judicati captis, neq; superest creditori petitio residui si scilicet res minoris sit, quàm creditum. Respondetur enim eam legem agere de creditore, qui non invitus rem accepit in solutum, qualis est de quo hic loquimur, ex *Nov. vel. 4.* sed qui eâ lege passus est sibi rem addici eaque velut conditione prædominii in ea re petiit, & impetravit. Quam solutionem comprobat ipsa verba legis, ibi, *quia velut pacto tranieg. ff. de cred. to videtur. &c.* Vide & Bald. *d. loco.* Po-

11 stremò, † quare cautio de evictione præstanda hic sit creditori à debitore, ratio secundum Cujacium est, quia in solutum datio habet instar venditionis. *l. 4. C. de evict. l. 24. elegantiss. in pr. ff. de pign. act. & ibi gl.* Verùm non sequitur necessariò: datio in solutum est instar venditionis, quod sanè negari non potest. Ergo hic præstari debet cautio de evictione. Nam ne quidem in ipsa emptione regulariter cogitur venditor præstare cautionem de evictione: nisi quæstio aliqua fuerit mota, & in ipso limine contractus immineat periculum evictionis. *l. 24. si post perfectam. C. de evict.* Quare magis mihi probatur ratio Balduini; qui ait hîc jus planè novum ab Imperatore constitutum esse: & quidem ideò ut quantum possit, satisfaciat creditoribus, qui in solutum accipere coguntur. Cum igitur in hoc ita graventur, meritò fit, ut in altero subleventur: dum cau-

12 tio ob evictionem ipsis præstatur. Sed quæritur, † qualis hoc casu requiratur cautio? Respondeo quæ à debitore præstari possit. Unde sequitur, si fidejussoribus cavere, id est, satisdare non possit, puta quia fortè non reperit qui velit pro ipso spondere, tunc relinquatur Juratoria cautioni: quod & Bartolus *ad l. hanc Nov. 4. cap. ult.* admonuit.

13 Non frustrà † autem supra dixi, si earum rerum emptores non inveniantur, tunc ita observandum esse, ut est hactenus expositum. Nam si quis inveniatur emptor prædiorum debitoris, tunc aliud erit sequendum. Hoc enim casu debitor vendere prædia sua, & ex pretio illorum creditori solvere compellitur: emptori autem de evictione cavere debet *d. Nov. 4. cap. 3.* Irnerius scribit *in d. Auth. Hoc nisi. C. de solution.*, oportere debitorem creditori cautelam præbere, id est,

cautio-

cautionem præstare, quod velit pecuniam debitam solvere ex pretio, quod ex venditione redegerit: qua in sententia etiam Julianus fuit. Sed utrumque reprehendit Cujacius: docens, emptori hoc casu, non creditori, cavendum esse. Et rectè quidem: nam Authenticæ illæ, codici insertæ, intelligendæ sunt secundum ipsas Novellas ex quibus sunt excerptæ: quod alias quoque admonui *in prolegomenis.*

Dixi suprà obiter † de cessione bonorum de qua ex professo agitur *Novel.* 14
135. Hîc autem observari debent duæ differentiæ, quæ sunt inter cessionem bonorum & dationem in solutum: & una convenientia. Differentia † prima 15
hæc est, quòd datio in solutum nullam in se continet ignominiam: sed † ces- 16
sio bonorum, etsi non est ex numero illarum causarum ex quibus infamia quis notatur *l. ii. debitores.* C. *ex quibus causis infam. irrog.* tamen quodammodò est ignominiosa, & gravat opinionem eius qui bonis cessit, apud honestos viros: non caret hæc res aliqua suggillatione, (pudoris scilicet) quia videlicet creditoribus suis decoxerunt vitio suo, non fortunæ: ut eruditè explicat Cujac. *ad d. Nov. 135.* ubi etiam distinguit inter decoctores, † qui suo, & qui fortunæ vi- 17
tio decoxerunt quorum illi odio, hi commiseratione sunt digniores: unde etiam Imperator Hadrianus publicè decoctores bonorum suorum in Amphitheatro jussit catamidiari id est palàm produci deridendos in spectaculo, atq; ita dimisit; *ut est apud Spartianum in vita Hadriani; ubi videatur etiam Casaubonus in notis doctissimis. Videndus est etiam tractatus Benevenuti Stracchæ de Decoctoribus.* Secunda † differentia est, quod datio in solutum dominium rerum in 18
solutum datarum transfert in creditorem, qui non cogitur eas vendere, sed si vult sibi retinere potest: sed cessione bonorum à debitore facta non licet creditoribus jus dominii rei debitoris occupare ac detinere: quod si attentarent, contra juris rationem facerent: quin potius eas vendere coguntur, atque ex pretio quatenus possunt, suæ indemnitati consulere debent. Quæ notabilis differentia traditur ab Imperatore Diocletiano & Maximiano *in l. 4. Juliæ.* C. *qui bon. cedere possunt.* Hic † quæri posse video: si creditor qui pro pecunia 19
fundum accepit in solutum, postea pluris eum vēdiderit, id quod excedit summam debiti, poteritne debitor jure ab eo repetere? Resp. non poterit: nam industria & eventus melior debet prodesse creditori, utpote jam domino facto: non autem debitori, qui posteaquam rem in solutum dedit, nihil juris in illa retinuit. Præterea si creditor minori pretio rem vendidisset, aut si res penes ipsum remanens deteriorata esset, nullum de eo regressum haberet contra antiquum debitorem *vinea ut e' quis l. pen.* C. *de solution.* In eo autem † con- 20
veniunt hæc duo quod tàm ille debitor, qui res in solutum dedit suo creditori, quàm qui bonis cessit, liberarunt à carcere in quem alioqui duci poterat. Jure antiquo, ex lege 12 tab. [illegible] etiam crudelius agebatur cum debitoribus, qui solvendo non essent. Nam [illegible] *apud Gell. lib. 20. c. 1.* corpora ipsorum debitorum addicebantur creditoribus adeò ut non solùm ea vincire, sed etiam infusta dilacerare liceret. Quò etiam respexit Tertullianus eruditissimus scriptor. Sed ea lex jam olim, & [illegible] m, abiit in desuetudinem, ob nimiam scilicet

21 licet immanitatem. Quod † autem Cujacius *ad Nov.4.* hanc exceptionem addit: nisi debitor specialiter nexu erit se carceri, quasi scilicet tunc in vincula duci posset: de eo non immeritò dubites. Nam cum nemo sit Dominus membrorum suorum, & quisque Reipubl. nascatur. *l.13. liber homo. in pr. ff. ad l. Aquiliam junctâ l.1 §.15 & generaliter. ff. de ventre in possess. mitt.* Nemo potest se obligare ad carcerem & vincula nisi fortè delicto aliquo suo. Quam ob causam etiam Imperii Romani constitutionibus tandem prohibita sunt obstagia, quæ vocantur Geissmagen. Vide Andr. Gail. *lib.2.obs.45.n 6.§ sed quia.*

Plura de cessione bonorum, dixi *ad §. ult. Instit. de actionib. & ad §. ult. inst. de re-*
22 *plication.* Et observandum est *ex gl. & Bart. hic n. ult.* † beneficium cessionis bonorum non prodesse ei qui dolosè dissipavit res suas, eumque nihilominus in carcerem posse detrudi, quantum vis sit paratus bonis cedere. Et meritò: nam auxilium legis denegatur ei qui adversus leges deliquerit, *arg. l. auxilium. 37 ff. de minor.* & dolus suus nemini debet patrocinari, &c.

23 Hoc etiam †, notandum est, nostris moribus hoc beneficium Legis Juliæ cedendi bonis, atque ita carcerem evadendi, multorum locorum statutis vel consuetudine sublatum esse: ut Norimbergæ, & aliis in urbibus, ubi florent Mercaturæ: & interest istud beneficium, quod à multis in abusum traheretur, planè tolli: propter utilitatem commerciorum: & ut fides tantò magis servetur, hominumque industria excitetur.

24 Distinguendum † quoque est inter cessionem bonorum, & conturbationem rationum, quam vocant vulgò BANCUM RUMPERE: quando scilicet ob ærati debitores aliquantisper aut latitare aut secedere solent, donec certis conditionibus transegerint cum suis creditoribus, ut partem debiti remittât, & residui solutionem aliquandiu differri patiantur. Hi namque non cedunt bonis, sed ea retinent, quamvis non sine jactura famæ & existimationis ac fidei: quarum quidem rerum damna majora sunt, quàm quæ æstimari possint. ut eleganter dicitur apud Livium *in fine libri tertii.*

Satis feciſſe jam videmur etiam postremæ parti Novellæ quartæ de datione in solutum: ubi etiam obiter & occasionaliter nonnulla de cessione bonorum
25 attingenda fuerunt. Plura † & Cujac. *hic* & Johan. Faber, aliique interpretes *ad d. Auth. Hoc nisi debitor.* adferunt *ad tit. de solution.* pertinentia: & maximè ad quæstionem illam quando aliud pro alio possit solui: Item de mutatione monetæ (quæ hodiè pessimo exemplo, & damno publico, ferè menstrua est) quæ, cum sint alieniora à proposito nostro, meritò hic omittimus. Peti autem poterunt cum usus inciderit, non solùm ab illis, quos dixi, verùm etiam à Covarruvia, *de veteri Numismate*, & Andr. Gailio, *lib. 2. obs. 73.* Item à Borcholdo *in tract. de usur.* & ab aliis.

CAP.

CAP. IV.

De interceſſionibus mulierum. Ad Nov. 61. & Nov. 134. c. 8. junctis duabus Auth. ſub tit. C. ad SC. Velleian.

SUMMARIA.

1 *Senatusconſultо Velleiano interceſſiones mulierum prohibita.*
2 *Ratio.*
3 *Contractus non rectè dicuntur officia civilia: ideoque illa Senatusconſulti ratio minùs idonea.*
4 *Interceſſiones mulierum non ipſo iure, ſed tantùm ope exceptionis irrita ſunt.*
5 *Non dari dicitur actio, etiam quæ datur, ſed cum exceptione.*
6 *Mulier exceptionē Senatusconſulti omittens, efficaciter condemnatur.*
7 *Mulier exceptioni ſeu beneficio Senatusconſulti Velleiani renunciare poteſt.*
8 *Cauſa ex quibus ceſſet exceptio Senatusconſulti Velleiani.*
9 *Summa eorum quæ de SC. Vell. in Novellis traduntur.*
10 *Quid ex iure veteri innovatum.*
11 *Ratio, cur interceſſio mulieris pro extraneo ſubſiſtat ipſo iure, pro marito verò, ipſo iure nulla ſit.*
12 *Legiſlatores ita malis ſe opponunt maximè, in qua homines proclivieres.*
13 *Interceſſio mulieris pro marito iure Codicis per exceptionem infirmanda fuit, ſecus quam iure Novellarum.*
14 *Ampliationes, & limitationes.*
15 *Prima ampliatio: etiamſi interceſſio iterata ſit.*
16 *Cur non obſtat Nov. 61. c. 1. vel Auth. ſive à me C. de SC. Vell.*
17 *Secunda ampliatio: etiamſi pro debito publico ſeu fiſcali interceſſio facta ſit.*
18 *Exceptio ſive limitatio: niſi pecunia in rem mulieris intercedentis verſa ſit.*
19 *Ratio exceptionis.*
20 *Exceptio alia, ſecundùm ius canonicum: niſi iuratò interceſſerit mulier pro marito.*
21 *De aliis locis Nov. 118. c. 5. & Nov. 61. remiſſivè.*
22 *Juſtinianus in Nov. 134. c. 8. imitatus videtur edicta Impp. Auguſti & Claudii.*
23 *Multorum locorum ſtatutis, aut moribus, SC. Velleianum magnoperè immutatum, & penè abolitum.*
24 *Statutum Norimbergenſe.*

NOtum eſt † Senatusconſultum Velleianum, quod etiam vocatur 1
Decretum Patrum *in l. 13. & 19. C. ad SC. Vell.* quo prohibitæ ſunt interceſſiones mulierum, id eſt, interventiones & obligationes quæcunque pro aliis. Cujus † ratio redditur ab Ulpiano *in l. 2. §. 2. d.* 2
tit. & à Juſtin. *in l. 22. ſi mulier. C. eod. t.* imbecillitas ſeu fragilitas ſexus, per quam fœminæ multis caſibus & captionibus ſunt ſuppoſitæ atque obiectæ: ſive quia periculum rei familiaris ipſarum hic verſatur: ut ait Paulus *in l. 1. §. 1. ff. eod. tit.* In ipſo quidem Senatusconſulto, cuius verba referuntur *in d. l. 2. §. 1. ff. d. t.* hæc redditur, quod non ſit æquum fœminas virilibus officiis fungi: unde & Ulpianus *in l. 2. de R. I.* cum priùs in genere dixiſſet, fœminas ab omnibus officiis civilibus, vel publicis eſſe remotas; poſteà huic generi quaſi ſpeciem quandam ſubjecit, interventionis pro aliis, in verbis: *nec pro alio intervenire, &c.* Sed nunquam † ſatis intelligere potui, quomodo contractus poſſint dici officia civilia vel publica, ideoque mulieribus interdicenda (verbi gratia, ne pro alio fidejubeant, ne expromittant, ne pignora dent, vel hypothecas: ne conſtituant ſe pro alio ſoluturas aut quoquo pacto ſe obligent. hæc enim omnia adeoque his 3

etiam plura comprehendit Senatusconsultum Vellejanum, interprete Ulpiano, *in d.l.2.§ 4.omnis obligatio.ff.d.t.* & similiter Paulus inquit *in l.8 eod.* plenissimè eo comprehensum esse, &c.) cum sit certissimum contractus plerosq; juris gentium esse. *l.5.ff.de Instit.& Iure.* Quod si quis instet: esse tamen aliquos jure civili introductos, verbi gratia stipulationem, & proinde etiam fidejussionem, quæ non fit sine stipulatione. *d.l.5.in f.& ibi gl.ff.d.t.de I.& I.* Mirum tamen est, contractum, juris etiam civilis, velle dicere officium civile, verbi gratia: ut est magistratum gerere vel tutelam, item postulare pro alio sive advocatum esse, vel procuratorem in judicio, &c. Deindè quid fiet de cæteris fœminarum contractibus, qui non sunt juris civilis, sed Gentium, ut pignoris datione, &c. Nam de his quoque non minùs quàm de civilibus comprehensum est in Senatusconsulto. *d.l.2.§.omnis. ff.ad SC.Vell.* Certè quæ sunt juris Gentium ea non facile patiar vocari officia civilia, sicut neque publica, quæ à privatis hominibus fieri possunt. Accedit quod nusquam prohibentur fœminæ vel emptionem venditionem, vel locationem conductionem, vel societatem, vel mandatum suo nomine contrahere. Quæ cum ita sint, semper mihi accommodatior & magis propria visa fuit ratio prohibitionis Senatusconsulti huius, quæ auctore Ulpiano & ipso Justiniano, sumitur à fragilitate & imbecillitate sexus, quàm quæ aliundè. Sed non est novum, ut plures eiusdem juris rationes adferantur, ab aliis aliæ, quarum quædam sint conventiores, quædam nimis remotæ atque alienæ.

4 Cæterum † quod dixi intercessiones fœminarum pro aliis prohiberi Senatusconsulto: sic accipiendum est, non quasi ipso jure nulla esset obligatio mulieris, aut quasi nulla contra ipsam competeret actio, (imò verò & obligatur mulier ipso jure, & ex eà obligatione conveniri potest) sed ita quod ei volenti accommodetur exceptio Senatusconsulti Vellejani quæ quidem exceptio sæpissimè nominatur in legibus, *ut l.6.& 8.15.19.23.& seqq.l.25.27.&c.ff. ad Sc. Vellejan.l.2 8.14.cum multis legibus seqq. C.eod.* Atque hoc est quod in aliis legibus nunc dicitur *beneficium*, nunc *auxilium* Senatusconsulti hujus: *ut l.20.§.2.l.26.ff.d.t.l.5.7.9.10.12.& 23.C.eod.* Nec obstat quod *in l.2.§.1.ff.d.t.* senatus ait: *ne ab his petitio, neve in eas actio detur*; Item *quod non sit æquum ipsas eius generis obligationibus obstringi.* Ex quibus verbis dicendum videbatur Senatum ita prohibuisse omnes intercessiones mulierum, ut ipso jure, nulla inde etiam obligatio, vel actio nasceretur: Respondendum enim dari quidem actionem (intellige ex præcedente obligatione.) Sed non cum effectu. verum si mulier opponat exceptio-
5 nem Senatusconsulti, quæ excludat actionem. Nam † aliàs quoque dicitur non dari actio, etiam illa quæ ipso quidem jure competit, sed per exceptionem eliditur ut videre est *in l.1.& tot.tit.ff. quarum rerum actio non detur.* Quod inde fit, quia parum interest utrum ipso jure nullam habeas actionem, an verò habeas quidem sed talem quæ per exceptionem possit infirmari vel submoveri:
6 *ut est in regulis juris.* Hinc simul intelligimus, † quòd si mulier ex obligatione sua conventa non opposuerit hanc exceptionem, ex Senatusconsulto sibi competentem, (sicut eam omittere potest, cum unusquisque possit beneficio

& jure

Digitized by Google

& jure ac favore pro ſe introducto non uti: Senatusconſultum verò hoc, continere beneficium & auxilium quoddam ob favorem mulierum conceſſum, jam ſuprà demonſtravimus multis legibus, quibus etiam adjungi debet *l. 40. qui exceptionem. D. de condict. in deb.*) tum verò efficaciter condemnetur. Ex quo † etiam videtur ſumi poſſe argumentum non contemnendum pro eorum ſen- 7
tentia, qui volunt mulierum poſſe renunciare exceptioni, ſeu beneficio huius Senatusconſulti, præſertim ſi fuerit admonita, & certio rata de vi ſeu effectu hujus juris ſibi competentis. Nam ſi poteſt mulier tacitè renunciare huic exceptioni, nempe eam omittendo: quidni poſſet eandem etiam expreſſo pacto remittere? certè, ſicut exceptionem ſuam opponere non cogitur, ita etiam renũciare illi, non prohibetur. Accedit, quod alioquin minor eſſet virtus expreſſi quàm taciti, cùm potiùs major eſſe debeat. Sed hac de re alibi latiùs explicatur: eſt enim controverſa, & quosdam graviſſimos viros habet diſſentientes, ut videre eſt apud weſemb. *in Paratit. ad Sc. Vell.* & Antonium Theſaurum *in Deciſionib.* Alibi quoque † explicandi locus eſt illas cauſas, quibus ceſſet excep- 8
tio iſta ut ſunt inprimis, ſi mulier propriam obligationem ſuſcipiat, pro ſe videlicet, non pro alio contrahens: ſi callidè ſit verſata, & alterum deceperit: deceptis enim non decipientibus voluit ampliſſimus ordo ſubvenire & opitulari. *l. 2. §. 3. l. 23. ſi mulier. 2. & l. 30. ſi decipienti. ff. ad Sc. Vell. & l. 18. fœminis. C. eod. t.* Denique ſi dotem pro alia muliere ſpoponderit, vel pollicita ſi muliet. *l. 12. ſi dotare & l. ult. C. d. t.* quod interpretes etiam ad pias cauſas produxerunt.

Verum his & ſimilibus omiſſis, in præſentiarum videamus ea duntaxat, quæ de mulierum interceſſionibus in Novellis conſtituit Juſtinianus: quibus tamen ſuperiora non inutiliter præmiſimus majoris evidentiæ cauſa. Summa 9
† eſt: diſtinguendum inter mulierem, quæ pro alio interceſſerit, & eam quæ pro marito ſuo. Si pro extraneo aliquo interceſſerit mulier: Ipſo quidem jure tenetur, ſed habet exceptionem Senatusconſulti Velleiani, qua adjuvetur, ut paulò ante latiùs demonſtravi: niſi interceſſionem ſuam poſt biennium iteraverit, & confirmaverit. Tunc enim omnimodo tenetur, neque amplius juvatur exceptione Senatusconſulti. Sin autem mulier pro marito ſuo inceſſerit, ſeque in eodem inſtrumento obligaverit cum ipſo, obligationi eius conſentiens: hoc nullatenus valet, aut tenet: ſed ita eſt ac ſi neque factum, neque ſcriptum quicquam eſſet: hoc eſt, ipſo jure nulla eſt obligatio, ita ut non ſit opus aliqua exceptione *d. Nov. 134. c. 8 & Auth. ſiqua mulier. C. ad Sc. Vell.*

In hujus diſtinctionis † priore membro nihil continetur novi: omnia enim 10
congruunt cum jure ante Novellas recepto, ut videre eſt *in l. 22. ſi mulier. C. d. t.* In poſteriore tantum eſt jus novum. Ratio † differentiæ, inter mulierem 11
pro marito intercedentem, & eam quæ pro extraneo intervenit, hæc eſt: quia faciliùs intercedit mulier pro marito ſuo, & in illius obligationem conſentit, quàm pro extraneo ſe obliget. Quò faciliùs igitur mulier adducitur, ut cum vel pro marito ſuo obligationem in ſe ſuſcipiat: eò magis ipſi ſuccurrendum putavit Juſtinianus. Eſt † enim hic perpetuus ferè legis latorum mos: ut quam 12
in partem homines magis viderint propendere cupiditatibus ſuis atque exor-

bitare à legitimo tramite, ei se parti maximè opponant: minùs solliciti de ea parte, à qua tantum non imminet periculum: utpotè in quam vel natura, vel consuetudo vitiosa hominum non tantoperè est proclivis. Quod verè à nobis ita dici, multis legum exemplis comprobari posset, si hoc nunc ageremus. Videri interim quædam possunt collecta à Cujacio, *in notis ad Vlp. fragm. t. 1. in fine.*

13 Dicet † aliquis: etiam jure codicis idem obtinuisse, videlicet quod si uxor intercessisset pro marito, non potuerit ab ea quicquam jure exigi propter Senatusconsultum, *ut est in l. 1. C. ne uxor pro marito.* Ergo nihil novi videtur Imperator constituisse *in d. cap. 8. Nov. 134.* Resp. Hoc novi constituit, quod ipso jure nullam obligationem ex tali intercessione oriri voluit sed quod actum est, haberi pro non scripto, vel facto: cum jure codicis anteà ipso jure valuisset obligatio, sed tamen ope exceptionis infirmari potuerit.

14 Adduntur † *in d. Nov. & Auth.* duæ ampliationes: & una limitatio sive ex-
15 ceptio. Prior † ampliatio hæc est: sive semel, sive multoties aliquid pro eadem re fiat, ut Imp. loquitur, id est, etiamsi mulier suam pro marito intercessionem sæpius repetiverit, & geminando confirmare voluerit. Est quidem aliàs in jure non parva vis geminationis, *ut docet Nicol. Everh. in Topic. in loco à vi geminationis*: & in hoc ipso quoque tractatu Senatusconsulti Vellejani, *ut apparet ex l. 22. si mulier. C. ad Sc. Vell. ubi mulier si post biennium à priore cautione numerandum, denuò intercesserit, efficaciter obligatur, ita ut nulla exceptione amplius juvetur: quia scilicet ex hac perseverantia post tanti temporis lapsum apparet; eam non levitate quadam, sed judicio animi intercessisse.* Hîc autem quando mulier pro marito suo intercedit, nihil prorsus operatur geminatio, imò neque crebrior iteratio: quia obstat ei diserta legis prohibitio. *d. Nov. 134. c. 8. & Auth. si qua mulier.* Ex his apparet, quomodo Imp. *per d. Nov.* derogaverit priori suæ constitutioni,
16 quæ est *in d. l. 22. C. ad Sc. Vell.* Non obstat his † *Nov. 61. c. 1.* nec *Auth. sive àme C. d. t.* ubi si mulier post biennium iterum profiteatur, se consentire in donationem propter nuptias à viro suo factam, hic iteratus consensus præjudicat ipsi: ut non possit ei amplius contra venire, aut revocare alienata: dummodo ex alius mariti rebus ipsi consuli possit. Respondendum enim, ibi non agi de qualibet intercessione mulieris pro suo viro: (hæc enim nulla iteratione confirmatur, ut modò dictum) sed de consensu duntaxat mulieris in alienationem vel obligationem rerum immobilium, in quibus donatio propter nuptias est constituta. Ponderanda enim sunt illa verba: *In hoc ergo contractu consensus mulieris nihil proficit, &c. nisi & secundò, post biennium profiteatur.* Quod igitur de uno contractu isto singulariter constitutum est, id non debet produci ad consequentiam. Deinde, differunt intercessio mulieris sive obligatio pro marito, & consensus marito rem alienanti vel obliganti præstitus. Et hæc de priore ampliatione.

17 Sequitur altera, † nempe etiamsi debitum sit publicum, id est, fiscale: quasi dicat Imperator quamvis alioquin debita publica, seu fiscalia sint privilegiata: hoc tamen casu, pari jure cum privatis censentur: hoc est, mulier pro marito intercedens in publico debito, perinde non obligatur ipso jure, atque in privato non obligatur: sive, obligatio ipsius utroque casu æquè est ipso jure nulla.

Et hæc

Et hæ ſunt duæ illæ ampliationes, *in d. Auth. & Nov.* Exceptio † autem ſi- 18
ve limitatio illa eſt: niſi pecuniæ (quarum ſcilicet nomine mulier pro viro ſuo
interceſſit) in propriam ipſius mulieris utilitatem ſint expenſæ, hoc eſt, niſi in
rem uxoris verſæ ſint. Ratio † exceptionis hujus, id eſt, quare mulier tunc 19
obligetur, eſt, quia hoc caſu perinde eſt, ac ſi ipſa mulier principaliter eſſet ob-
ligata. Tunc autem ceſſat Senatusconſultum etiam jure Digeſtorum & Co-
dicis.

Quæritur, † quid ſi mulier pro marito intercedens juraverit? Reſp. Jure 20
civili hoc jus jurandum eam vim non habet, ut mulier efficaciter obligetur, te-
ſte Accurſio *in gl. ad d. Auth. ſi qua mulier, arg. l. 5. C. de legib.* Sed Jure Canonico
ſecus eſt, ut poſt Speculatorem *in t. de oblig. & ſolution.* notavit etiam Joh. Faber
in d. Auth. ſi qua mulier. & Baudoza *in addition. ad eundem, in Auth. ſive ame.* Ita ex
Jure Canonico hic oriretur altera exceptio, nempe niſi jurata eſſet interceſſio
uxoris pro marito. Ratio hujus exceptionis poſita eſt in generali illa regula Ca-
noniſtarum: Omne jusjurandum ſervandum eſſe, quod poſſit ſervari ſine di-
ſpendio ſalutis æternæ. *cap. cum contingat. extr. de jurejur. & cap. quamvis. 2. de pa-
ctis lib. 6. & Nicol. Everh. in Topic. in loco à juramenti.*

Eſt & † alius inſuper locus in Novellis de Senatusconſulto Vell. nempe 21
Nov. 118. cap. 5. unde *Auth. matri & avæ C. quando mul. tut. offic. fung. poſ.* matrem
& aviam poſſe tutelam liberorum ſuorum ſuſcipere ea lege, ſi apud acta ſeu ju-
dicialiter renunciaverint, & ſecundis nuptiis & SC. Vellejani auxilio. Sed de
eo pluribus aliàs *infrà ſub cap. de tutelis.* Hæc hactenus pro inſtituti noſtri ratio-
ne de Senatusconſulto Vell. dicta ſint. Cæterorum autem, quæ ſunt *in Nov. 61.*
explicatio reſervanda eſt ad partem quintam, ubi de dotibus & donationibus
propter nuptias dicendi locum aſſignavimus.

Nunc priusquam ad aliud caput tranſeamus, operæpretium puto de duo-
bus admonere. Prius eſt; † quòd videatur Imper. noſter in *d. Novel. 134. cap. 8.* 22
imitatus eſſe Edictum Auguſti & Claudii Impp. Nam & hi duo Impp. jam olim
inter dixerant ne fœminæ intercederent pro viris ſuis, ut diſcimus ex Ulpiano
in l. 2 in pr. ff. ad S. C. Vell. quod non memini legere apud Suetonium vel Tacitum,
aliósve hiſtoricos. Juſtinianus autem proculdubio illa anteriorum edicta au-
xit, &, ut ſic loquar fortiora effecit: ipſo videlicet jure denegatâ obligatione:
cùm ex illis edictis ſicut & ex Senatusconſulto, credibile ſit tantùm exceptio-
nem competiſſe. Deinde etiam repudiavit geminationem, ſive crebriorem ite-
rationem interceſſionum, eique nullas vires intereſſe voluit.

Poſterius obſervandum; † quòd moribus noſtris, ſive multarum civita- 23
tum ſtatutis, maximèque illarum in quibus vigent mercaturæ & negotiatio-
nes, & per fœminas quoque adjuvantur & exercentur: quòd, inquam, hoc jus
de interceſſionibus mulierum tàm pro maritis ſuis, quàm pro aliis magnoperè
ſit immutatum, adeoque ferè abolitum auxilium Senatusconſulti Vellejani,
etiamſi mulier, ei, ut quotidiè fit, non renunciaverit. Hac de re † inprimis 24
videri poteſt Reform. Noriberg. *tit. 19. l. 5.* Von Bürgſchafften der Frawen vnnd
Jungfrawen, ubi ita diſtinguitur inter mulieres fidejubentes: quod aut liberæ

sint aut conjugatæ. Liberæ id est, sive viduæ, sive virgines, si sint majores 18. annis, & sine tutoribus vel curatoribus cõstitutæ, ac bona habeant propria, possunt pro aliis fidejubendo efficaciter obligari, non minùs quàm viri. Inter conjugatas sub distinguitur: aut enim pactis dotalibus intervenientibus matrimonium contraxerũt, vel sine pactis certis. (Verdingt Heyrath/versamente Heyrath.) utroque casu requiritur mariti consensus: nam illo invito vel etiam inscio prohibetur fidejussio: quæ nec marito quidem permittitur, in casu non extantium pactorum dotalium, hoc est, in versamneten Heyrathen. Quòd si mulier cum viro suo communiter negotietur (quo casu etiam alter conjugum pro altero solvere cogitur) potest quidem pro aliis se obligare, etiam absque consensu mariti: veruntamen ita, ut mariti portioni, quam ex communi negociatione habet vel expectat, nihil per hoc præjudicetur, aut derogetur. Eadem lege municipali sic limitatur *Auth. si qua mulier.* ut pro marito facta intercessio, valeat, dummodò adhibiti fuerint duo Senatores, vel duo ex propinquis conjugis, tanquam testes.

CAP. V.

De constituta pecunia: Ad Novell. 115. c. ult. & ad Authen. si quando, C. de constit. pecun.

SUMMARIA.

1 *De constituto possessorio, remissivè.*
2 *Constitutum hic quid sit?*
3 *Constitutum quid differat à pacto?*
4 *Ex constituto cur detur actio: ex pacto non detur?*
5 *Constitutum quid differat à stipulatione?*
6 *Cur inutilis stipulatio non valeat in vim cõstituti: cum tamen inutilis acceptilatio valeat in vim pacti?*
7 *Constitutum & stipulatio in quibus conveniant?*
8 *Constitutum à fidejussione quatenus differat?*
9 *Summa juris de constitutâ pecuniâ per Novellas introducti.*
10 *In primo casu, cum quis ita constituit, satisfaciam tibi: quid juris?*
11 *Certum etiam est id, quod per relationem innotescit aut definitur.*
12 *Satisfaciendi vocabulum impropriè usurpatum, pro solutione.*
13 *Satisfactio & solutio multum differunt.*
14 *Explicatio l. 52 ff. de solut.*
15 *In secundo casu, cum quis ita constituit, satisfiet tibi à me & ab illo & illo: quid juris?*
16 *In tertio casu, cum quis ita constituit, satisfiet tibi aut à me aut à Titio: quid juris?*
17 *In quarto casu, si quis omninò imperfectaliter constituat, satisfiet: quid juris?*
18 *Beneficium divisionis etiam ad correos constituta pecuniæ parectum, per l. ult. C. de constit. pecun.*

1 CONstitutum quoque non præteriit Justin. in Novellis, ut videre est ex allegato *cap. ult. Nov. 115.* Non agimus autem hoc loco † de constituto possessorio, quod vocarunt interpretes, & de quo explicant *ad l. quod meo 18. ff. de adquir. poss.* de quo etiam videri potest Ferrariensis Practicus *in forma responsionum rei conventi: & in forma Positionum.* sed cõstitutum † de quo hîc, est pactum quoddam prætorium, sive à prætore confirmatum.

2 Differt autem constitutum à simplici pacto, itemque à stipulatione, ut & à fidejussio-

fidejussione. A pacto † quidem, quia ex pacto non nascitur obligatio, neque 1
actio. *l. 7. §. sed cum nulla, & §. quin imò ff. de pact. & l. 10. c. eod. tit. cum similibus*: sed ex constituto prætor dat actionem, quæ nunc dicitur actio constitutoria, *ut l. 20. ff. de const. t. pec.* nunc actio de constituta: *l. 1. §. 4. cum qui, & l. 5. §. 1. & l. 24. Titius cum ll. seqq. & l. ult. ff. d. t.* nunc planiùs & usitatius actio de constituta pecunia. Prætor enim hîc in actione introducendâ spectavit naturalem æquitatem, cui favit, ut est *in l. 1. ff. de pecun. const. t.* Sed inquies, † an non etiam in pacto 4
quolibet, æquè ac in constituto, naturalis æquitas versatur? Maximè verò, ioq; non dissimulat Ulpian. *in l. 1. in pr. ff. de pact. huius*, inquit, *Edicti equitas naturalis est*. Sed cum æquitatis ratio diversa jura non admittat, *arg. l. illud. ff. ad L. Aquil. & l. ult. C. de const. pecun. & Cicero in Topicis*: quid igitur causæ esse dicemus quod prætor ex pacto exceptionem tantùm dat, & ita servat pacta conventa: ex constituto autem etiam dat actio? Resp. id inde fieri, quia constitutum omne accedit ad aliam obligationem. Neque enim constituitur, nisi debitum: nam sic ait prætor in ipso edicto; qui pecuniam debitam constituerit. *l. 1. §. 1. ff. de pec. const.* idque deinde interpretatur Ulpian per species & causas debitorum: pactum verò non accedit ad aliam obligationem. Unde non est mirum, quòd major vis à prætore tributa sit, constituto quam pacto, quia hoc est quasi solitarium: illud non est solitarium, sed cum alio debito conjunctum.

A stipulatione † differt constitutum. 1. origine, quia illa est juris civilis: 5
hoc est juris Prætorij. 2. differunt forma: illa fit per interrogationem & responsionem: hoc non item, sed per simplicem promissionem; aut si omninò etiam ad interrogatum respondeatur; hoc ex accidente fit, & non animo stipulationis contrahendæ. 3. Stipulatio non fit inter absentes. *l. 1. in pr. in verb. nec absens quidem. ff. de V. O. §. Item verborum Inst. de inutil. stipul.* sed constitutum inter absentes quoque fieri potest per nuncium, vel Epistolam. *l. 5. §. Iulianus. & l. 14. quia. §. ult. ff. de pecun. const.* 4. Quantum à stipulatione distet constitutum, vel hinc apparet, quòd inutilis stipulatio, ne quidem in vim utilis constituti, valet, aut sustinetur. *l. 1. §. cum qui inutiliter. ff. de pecun. const.* & tamen inutilis acceptilatio valet tanquam pactum. *l. 8. an inutilis. in pr. ff. de acceptil.* Differentiæ † ratio est, quia stipulatio & constitutum tendunt ad obligationem introducendam illa quidem ex jure civili, hoc verò ex jure prætorio ut paulò antè dictum: sed acceptilatio & pactum de non petendo tendunt ad liberandum. Proniores autem sunt leges ad liberandum, quàm ad obligandum. *arg. l. 47. Arrianus. ff. de Obl. & Act.* Conveniunt † tamen hæc duo in quibusdam, ut maxi- 7
mè in eo, quod sicut inutilis est stipulatio, qua quis promisit alium daturum, vel facturum: de se enim quemque promittere oportet. *§. si quis alium. Inst. de inutil. stipul. & l. 83. inter. in pr. ff. de V. O.* sic etiam non tenetur si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio. *l. 5. §. 4. sed si quis. ff. de pecun. const.* Denique † à fidejussione differt constitutum primùm eo, quòd fidejussio fit per stipula- 8
tionem: sed constitutum absque stipulatione, nudis sive quibuscunq; verbis, vel scriptura, vel per nuncium; ut suprà dictum. Secundò constitutum etiam inter absentes fieri potest. *d. l. 14. §. ult.* sed fidejussio inter absentes non contrahitur,

Secundam ſolutionem eſſe ait Johannis, nempe poſteriorem Novel. 112. loqui de caſu ſpeciali quando debitor vendidit rem litec ontra ſe conteſtata, atq; ita rem litigioſam. Et hanc reſponſionem Donellus quoque amplectitur *in comment. ad l. 14 diſtractus. C. de pignor.* ubi de hac quoque *Auth. Hoc ita n 3* explicat, videlicet debitore adhuc poſſidente pignus cæpiſſe creditorem cum eo agere hypothecaria, & lite pendente debitorem pignus alienaſſe. Aliter Cujac. *hîc ad Nov. 4.* qui ait, creditorem prius egiſſe perſonali actio ne cum debitore: deinde cum debitor lite pendente pignus vendidiſſet potuiſſe creditorem etiam cùm emptore pignoris experiri hypothecaria: quanquam hæc reſponſio ferè coincidit, cum illa Jacobi de Ravenna & Johan. Fabri priore. Balduinus *d. Novellam 112.* accipit de hypotheca ſpeciali: & hanc quartam ita reſtringit, ut potius intelligatur de Jure hypothecæ generalis, quàm ſpecialis: ut ita Imperator in *Nov. 112.* ſecundum Balduinum hoc ſtatuerit: ſi cui res nominatim & ſpecialiter obligata ſit, quam debitor, deinde vendiderit, poſſe creditorem, cui nõ fuerit ſatisfactum ex pretio pignoris diſtracti ſtatim rem illam perſequi, & emptori auferre per hypothecariam, nondum licet excuſſo debitore. Quanquam autem non ſum neſcius alioquin in Jure longum eſſe diſcrimen inter ſpecialem & generalem hypothecam, quarum illa plus afficit rem, & magis ſtringit, quam hæc ſicut in toto Jure generi per ſpeciem derogatur, & illud potius habetur quod ad ſpeciem eſt directum, ut eſt in regulis juris: tamen de eo valdè dubito. an hæ duæ Novel. ita ſint accipiendæ, ut quarta quidem loquatur de generali: centeſimaduodecima verò de ſpeciali hypotheca. Itaque expoſitionem Johannis & Donelli præfero tam Balduini quàm Cujacii ſententiæ: Nam quod Cujacius ait de perſonali actione priùs intentata debitori, non probat: neque ſtatim à perſonali actione contra debitorem propoſita, creditor pergere poteſt ad extraneum quemlibet pignoris poſſeſſorem: niſi priùs & fidejuſſorem excuſſerit: ut ſuprà tertio caſu dixi.

CAP. III.

De ſolutione, ad Auth. Hoc niſi debitor. C. de ſolutionib.

SUMMARIA.

1 *Novella quarta caput poſtremum: & Auth. Hoc niſi debitor. C de ſolut.*
2 *Cur ſeparatum à ſuperioribus.*
3 *Aliud pro alio creditori invito ſolvi non poteſt.*
4 *Exceptio: niſi debitor quantitatis non habeat in pecuniâ, unde ſolvat.*
5 *Conditiones iſto caſu attendendæ.*
6 *Ratio, quare creditor in caſu exceptionis cogatur prædia pro nummis in ſolutum accipere.*
7 *Ratio, cur optima & præſtantiſſima res ſint danda in ſolutum.*
8 *Novell. 120. in Eccleſia ſingulare quid conſtituit.*
9 *Ratio, quare iudicis æſtimatio intervenire debeat.*
10 *Legis 15 § 3 ff. de re indic. cum Novel. 4. conciliatio.*
11 *Ratio, quare cautio de evictione à debitore præſtanda ſit.*
12 *Qualis hic requiratur cautio.*
13 *Si venditor prædiorum inveniatur, quid obſervandum?*
14 *Ceſſio bonorum, & datio in ſolutum, quatenus differant aut conveniant?*
15 *Differentia prima.*
16 *Ceſſio bonorum quodammodò ignominioſa eſt.*
17 *De-*

17 *Decoctores.*
18 *Secunda differentia.*
19 *Creditor qui fundum in solutum acceptum pluris vendidit, debitori reliquum reddere non tenetur.*
20 *In quo conveniant cessio bonorum, & datio in solutum?*
21 *An debitor se ad carcerem & vincula obligare possit?*
22 *Cessionis beneficium non prodest doloso dissipatori.*
23 *Beneficium cessionis multorum locorum statutis vel consuetudine sublatum: & rectè.*
24 *Cessio bonorum, & conturbatio rationum, seu banca ruptio, differunt.*
25 *De aliis quæ hic tractari possent, remissivè.*

SEquitur † postremum caput Novellæ quartæ, quod est de datione 1
in solutum, incipiens à §. *Quod autem d. Nov. 4.* Placuit † autem 2
hoc caput separare à superioribus, & huc conjicere in proprium tractatum, partim ne præcedens caput nimis prolixum evaderet, partim quia istud præsens nihil ferè commune habet cum fidejussoribus & pignoribus; de quibus antè dictum *in eadem Novellæ quartæ.* Solet enim Imperator in multis Novellis etiam res diversissimas conjungere, quod suprà *in prolegom.* admonui, cùm agerem de causis difficultatum quæ in Novell. sunt. Et ex hac parte postrema Novellæ quartæ sumpta est *Auth. Hoc nisi debitor.* C. *de solution.* cujus argumentum nunc est explicandum.

Regula est † juris antiqui, aliud pro alio invito creditori solui non posse. *l.* 3
2. §. 1. ff. de reb. credit. Nam solutione eius quod debetur, omnis obligatio tollitur: vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solvit, *imit. tit. Instit. quib. mod. tol. obl. l. 17. manifesti.* C. *de solution. l. 46. si quis aliam in pr. ff. eod.* Hinc neque debitor potest cogere creditorem, ut nomen debitoris sui in solutum accipiat. *l. 16. eum, à quo* C. *de solution.* Idem est etiam in rebus corporalibus, verbi gratia si tibi debeam mille aureos, non possum te cogere, ut in solutum à me accipias domum meam, vel agros & vineas, quamvis eiusdem fortasse sint pretii. Non enim debeo tibi meam domum, non agros, non vineas: sed mille aureos. Itaque aliud pro alio solvere tibi volens invito non sum audiendus.

Ab † hac regula sunt quædam exceptiones, quarum una continetur *in di-* 4
ctâ parte postremâ Novellæ quartæ, & d. Auth. Hoc nisi debitor. C. *de solution.* Nempe si debitor quantitatis puta, centum aureorum, non habeat in pecunia unde solvat; tunc enim necessitas, (quæ proverbio dicitur *durum telum & legem non habere, & frangere ferrum.*) Cogit nos huc recurrere ut admittatur solutio in re alia, sive in solutum datio. Qua † in re attendendæ sunt hæ conditiones ab 5
Imperatore præscriptæ. 1. ut res mobiles dentur si quas habet debitor numis destitutus. 2. si mobiles non habet, ut tunc dentur in solutum res immobiles, si earum emptores non inveniantur: Sed dentur optimæ & præstantissimæ in suo genere & quidem à judice factâ earum æstimatione & præterea cautione de evictione creditori per debitorem præstitâ. Ratio, † primùm quare hoc ca- 6
su cogatur creditor in solutum accipere prædia pro numis, est ipsa necessitas: nam neque aliud fieri posset: & huc tandem perveniendum foret, si vel maximè urgeret creditor debitorem ad solvendum: tum enim bonis cederet debitor, qua cessione bonorum, quamvis sub ignominiosa, liberationem à carcere

consequitur ex lege Julia, *ut est in tit. ff. de cession. bonor. & tit. C. qui bon. ced. poss.*

7 Deinde, † cur optimæ & præstantissimæ res dandæ sint creditori in solutum, ratio est quia sic magis consulitur creditori, cui alioquin hic invito aliud pro alio solvitur: unde æquum est ut habeat aliquod coactionis istius quasi solatiũ, & pro uno in commodo alterum consequatur commodum. Sed obstare videtur

8 † *Nov. 120.* ubi si quod prædium Ecclesiasticum dandum sit creditori Ecclesiæ in solutum non debet dari optimum & præstantissimum, sed mediocre. Resp. id speciale esse in Ecclesia: cui magis favetur, sive cuius major habetur ratio, quàm privati debitoris: Jus autem singulare non debet produci ad consequentiam *l. 14. quod verò ff. de legibus, & l. 141. quod contra. ff. de Regulis Iuris.* Ter-

9 tiò, † quare hic debeat intervenire æstimatio judicis, ratio est, ut consulatur tàm debitori quàm creditori: illi ut recipiat superfluum, si pluris sit prædium, quàm summa debiti; huic, ut si minoris sit prædium quàm creditum salva sit

10 petitio residui. Vide Balduinum hic *pag. 540. in Justin.* Non obstat † *l. 15. à D. Pio §. si pignor. 3 ff. de rejudic.* ubi non habetur ratio hujus æstimationis rebus in causam judicati captis, neq; supereſt creditori petitio residui si scilicet res minoris sit, quàm creditum. Respondetur enim eam legem agere de creditore, qui non invitus rem accepit in solutum, qualis est de quo hic loquimur, ex *Nov. 4.* sed qui eâ lege passus est sibi rem addici eâque velut conditione jus dominii in ea re petiit, & impetravit. Quam solutionem comprobant ipsa verba legis, ibi *quia velut pacto translato ff. de cred. tor. dicitur &c.* Vide & Bald. *d. loco.* Po-

11 stremò, † quare cautio de evictione præstanda hic sit creditori à debitore ratio secundum Cujacium est, quia in solutum datio habet instar venditionis. *l. 4. C. de evict. l. 24. si quanter. in pr. ff. de pign. act. & ibi gl.* Verùm non sequitur necessariò: datio in solutum est instar venditionis, quod sanè negari non potest. Ergo hic præstari debet cautio de evictione. Nam ne quidem in ipsa emptione regulariter cogitur venditor præstare cautionem de evictione nisi quæstio aliqua fuerit mota, & in ipso limine contractus immineat periculum evictionis. *l. 24. si post perfectam. C. de evict.* Quare magis mihi probatur ratio Balduini; qui ait hìc jus planè novum ab Imperatore constitutum esse: & quidem ideò ut quantum possit, satisfaciat creditoribus, qui in solutum accipere coguntur. Cum igitur in hoc ita graventur, meritò fit, ut in altero subleventur: dum cau-

12 tio ob evictionem ipsis præstatur. Sed quæritur, † qualis hoc casu requiratur cautio? Respondeo quæ à debitore præstari possit. Unde sequitur, si fidejussoribus cavere, id est, satisdare non possit, puta quia fortè non reperit qui velit pro ipso spondere, tunc relinquatur Juratoriæ cautioni: quod & Bartolus *ad l. hanc Nov. 4. cap. ult.* admonuit.

13 Non frustrà † autem supra dixi, si earum rerum emptores non inveniantur, tunc ita observandum esse, ut est hactenus expositum. Nam si quis inveniatur emptor prædiorum debitoris, tunc aliud erit sequendum. Hoc enim casu debitor vendere prædia sua, & ex pretio illorum creditori solvere compellitur: emptori autem de evictione cavere debet *d. Nov. 4. cap. 3.* Irnerius scribit *in d. Auth. Hoc nisi. C. de solution.*, oportere debitorem creditori cautelam præbere, id est,

cautio-

cautionem præstare, quod velit pecuniam debitam solvere ex pretio, quod ex venditione redegerit: quain sententia etiam Julianus fuit. Sed utrumque reprehendit Cujacius: docens emptori hoc casu, non creditori, cavendum esse. Et rectè quidem: nam Authenticæ illæ, codici insertæ, intelligendæ sunt secundum ipsas Novellas ex quibus sunt excerptæ: quod alias quoque admonui *in prolegomenis.*

Dixi suprà obiter † de cessione bonorum, de qua ex professo agitur *Novel.* 14
135. Hîc autem observari debent duæ differentiæ, quæ sunt inter cessionem bonorum & datione in solutum: & una convenientia. Differentia † prima 15
hæc est, quòd datio in solutum nullam in se continet ignominiam: sed † ces- 16
sio bonorum, etsi non est ex numero illarum causarum ex quibus infamia quis notatur *l. ii. debitores.* C. *ex quibus causis infam. irrog.* tamen quodammodò est ignominiosa, & gravat opinionem eius qui bonis cessit, apud honestos viros: non caret hæc res aliqua suggillatione, (pudoris scilicet) quia videlicet creditoribus suis decoxerunt vitio suo, non fortunæ: ut eruditè explicat Cujac. *add. Nov. 135.* ubi etiam distinguit inter decoctores, † qui suo, & qui fortunæ vi- 17
tio decoxerunt quorum illi odio, hi commiseratione sunt digniores: unde etiam Imperator Hadrianus publicè decoctores bonorum suorum in Amphitheatro jussit catamidiari. id est palàm produci deridendos in spectaculo, atq; ita dimitti; *ut est apud Spartianum in vita Hadriani; ubi videatur etiam Casaubonus in notis doctissimis. Videndus est etiam tractatus Benevenuti Strachæ de Decoctoribus.* Secunda † differentia est, quod datio in solutum dominium rerum in 18
solutum datarum transfert in creditorem, qui non cogitur eas vendere, sed si vult sibi retinere potest: sed cessione bonorum à debitore facta non licet creditoribus jus dominii rei debitoris occupare ac detinere: quod si attentarent, contra juris rationem facerent: quin potius eas vendere coguntur, atque ex pretio quatenus possunt, suæ indemnitati consulere debent. Quæ notabilis differentia traditur ab Imperatore Diocletiano & Maximiano *in l. 4. Juliæ.* C. *qui bon. cedere possunt.* Hic † quæri posse video: si creditor qui pro pecunia 19
fundum accepit in solutum, postea pluris eum vêdiderit, id quod excedit summam debiti, poteritne debitor jure ab eo repetere? Resp. non poterit: nam industria & eventus melior debet prodesse creditori, utpote jam domino facto: non autem debitori, qui posteaquam rem in solutum dedit, nihil juris in illa retinuit. Præterea si creditor minori pretio rem vendidisset, aut si res penes ipsum remanens deteriorata esset, nullum de eo regressum haberet contra antiquum debitorem *videatur et quæ dicta l. pen.* C. *de solution.* In eo autem † con- 20
veniunt hæc duo quod tàm ille debitor, qui res in solutum dedit suo creditori, quàm qui bonis cessit, liberarit à carcere in quem alioqui duci poterat. Jure antiquo, ex lege 12 tabul. multo etiam crudelius agebatur cum debitoribus, qui solvendo non essent. Nam *ut est apud Gell. lib. 20. c. 1.* corpora ipsorum debitorum addicebantur creditoribus: adeò ut non solùm ea vincire, sed etiam infusta dilacerare liceret. Quò etiam respexit Tertullianus eruditissimus scriptor. Sed ea lex jam olim, & circò quidem, abiit in desuetudinem, ob nimiam scilicet

21 licet immanitatem. Quod † autem Cujacius *ad Nov.4.* hanc exceptionem addit: nisi debitor specialiter nexu erit se carceri, quasi scilicet tunc in vincula duci posset: de eo non immeritò dubites. Nam cum nemo sit Dominus membrorum suorum, & quisque Reipubl. nascatur *l.13. liber homo in pr. ff. ad l. Aquiliam junctâ l.1 §.15. & generaliter ff. de ventre in possess. mitt.* Nemo potest se obligare ad carcerem & vincula nisi fortè delicto aliquo suo. Quam ob causam etiam Imperii Romani constitutionibus tandem prohibita sunt obstagia, quæ vocantur Geissungen. Vide Andr. Gail. *lib.2.obs.45.n 6.§ sed quia.*

Plura de cessione bonorum, dixi *ad §. ult. Instit. de actionib. & ad §. ult. inst. de re-*
22 *plication.* Et observandum est *ex gl. & Bart. hic n. ult.* † beneficium cessionis bonorum non prodesse ei, qui dolosè dissipavit res suas, eumque nihilominus in carcerem posse detrudi, quantum vis sit paratus bonis cedere. Et meritò: nam auxilium legis denegatur ei qui adversus leges deliquerit, *arg. l. auxilium. 37 ff. de minor.* & dolus suus nemini debet patrocinari, &c.

23 Hoc etiam †, notandum est, nostris moribus hoc beneficium Legis Juliæ cedendi bonis, atque ita carcerem evadendi, multorum locorum statutis vel consuetudine sublatum esse: ut Norimbergæ, & aliis in urbibus ubi florent Mercaturæ: & interest istud beneficium, quod à multis in abusum traheretur, planè tolli: propter utilitatem commerciorum: & ut fides tantò magis servetur, hominumque industria excitetur.

24 Distinguendum † quoque est inter cessionem bonorum, & conturbationem rationum, quam vocant vulgò BANCUM RUMPERE: quando scilicet obærati debitores aliquantisper aut latitare aut secedere solent, donec certis conditionibus transegerint cum suis creditoribus, ut partem debiti remittãt, & residui solutionem aliquandiu differri patiantur. Hi namque non cedunt bonis, sed ea retinent, quamvis non sine jactura famæ & existimationis ac fidei: quarum quidem rerum damna majora sunt, quàm quæ æstimari possint ut eleganter dicitur apud Livium *in fine libri tertii.*

Satis feciſſe jam videmur etiam postremæ parti Novellæ quartæ de datione in solutum: ubi etiam obiter & occasionaliter nonnulla de cessione bonorum
25 attingenda fuerunt. Plura † & Cujac. *hic* & Johan. Faber, aliique interpretes *ad d. Auth. Hoc nisi debitor.* adferunt *ad tit. de solution.* pertinentia: & maximè ad quæstionem illam quando aliud pro alio possit solui: Item de mutatione monetæ (quæ hodiè pessimo exemplo, & damno publico, ferè menstrua est) quæ, cum sint alieniora à proposito nostro, meritò hic omittimus. Peti autem poterunt cum usus inciderit, non solùm ab illis, quos dixi, verùm etiam à Covarruvia, *de veteri Numismate*, & Andr. Gailio, *lib. 2. obs. 73.* Item à Borcholdo *in tract. de usur. & ab aliis.*

CAP.

CAP. IV.

De interceſſionibus mulierum. Ad Nov. 61. & Nov. 134. c. 8. junctis duabus Auth. ſub tit. C. ad SC. Velleian.

SUMMARIA.

1 *Senatusconſulto Velleiano interceſſiones mulierum prohibita.*
2 *Ratio.*
3 *Contractus non rectè dicuntur officia civilia: ideoque illa Senatusconſulti ratio minùs idonea.*
4 *Interceſſiones mulierum non ipſo iure, ſed tantùm ope exceptionis irrita ſunt.*
5 *Non dari dicitur actio, etiam quæ datur, ſed cum exceptione.*
6 *Mulier exceptionē Senatusconſulti omittens, efficaciter condemnatur.*
7 *Mulier exceptioni ſeu beneficio Senatusconſulti Velleiani renunciare poteſt.*
8 *Cauſa ex quibus ceſſet exceptio Senatusconſulti Velleiani.*
9 *Summa eorum quæ de SC. Vell. in Novellis traduntur.*
10 *Quid ex iure veteri innovatum.*
11 *Ratio, cur interceſſio mulieris pro extraneo ſubſiſtat ipſo iure: pro marito verò, ipſo iure nulla ſit.*
12 *Legiſlatores ſe in malis opponunt maximè, in quæ homines proclives ſunt.*
13 *Interceſſio mulieris pro marito iure Codicis per exceptionem infirmanda fuit, ſecus quam iure Novellarum.*
14 *Ampliationes, & limitationes.*
15 *Prima ampliatio: etiamſi interceſſio iterata ſit.*
16 *Cur non obſtat Nov. 61. c. 1. vel Auth. ſive à me C. de SC. Vell.*
17 *Secunda ampliatio: etiamſi pro debito publico ſeu fiſcali interceſſio facta ſit.*
18 *Exceptio ſive limitatio: niſi pecunia in rem mulieris intercedentis verſa ſit.*
19 *Ratio exceptionis.*
20 *Exceptio alia, ſecundùm ius canonicum: niſi iuratò interceſſerit mulier pro marito.*
21 *De aliis locis Nov. 118. c. 5. & Nov. 61. remiſſivè.*
22 *Juſtinianum in Nov. 134. c. 8. imitatum videtur edicta Impp. Auguſti & Claudi.*
23 *Multorum locorum ſtatutis, aut moribus, SC. Velleianum magnoperè immutatum, & penè abolitum.*
24 *Statutum Norimbergenſe.*

NOtum eſt † Senatusconſultum Velleianum, quod etiam vocatur Decretum Patrum *in l. 13. & 19. C. ad SC. Vell.* quo prohibitæ ſunt interceſſiones mulierum, id eſt, interventiones & obligationes quæcunque pro aliis. Cujus † ratio redditur ab Ulpiano *in l. 2. §. 2. d. tit.* & à Juſtin. *in l. 22. ſi mulier. C. eod. t.* imbecillitas ſeu fragilitas ſexus, per quam fœminæ multis caſibus & captionibus ſunt ſuppoſitæ atque objectæ: ſive quia periculum rei familiaris ipſarum hic verſatur: ut ait Paulus *in l. 1. §. 1. ff. eod. tit.* In ipſo quidem Senatusconſulto, cujus verba referuntur *in d. l. 2. §. 1. ff. d. t.* hæc redditur, quod non ſit æquum fœminas virilibus officiis fungi: unde & Ulpianus *in l. 2. de R. I.* cum priùs in genere dixiſſet, fœminas ab omnibus officiis civilibus, vel publicis eſſe remotas; poſteà huic generi quaſi ſpeciem quandam ſubjecit, interventionis pro aliis, in verbis: *nec pro alio intervenire, &c.* Sed nunquam † ſatis intelligere potui, quomodo contractus poſſint dici officia civilia vel publica, ideoque mulieribus interdicenda (verbi gratia, ne pro alio fidejubeant, ne expromittant, ne pignora dent, vel hypothecas: ne conſtituant ſe pro alio ſoluturas aut quoquo pacto ſe obligent. hæc enim omnia adeoque his etiam

etiam plura comprehendit Senatusconsultum Vellejanum, interprete Ulpiano, *in d.l. 2. § 4. omnis obligatio ff. d.t.* & similiter Paulus inquit *in l. 8. eod.* plenissimè eo comprehensum esse, &c.) cum sit certissimum contractus plerosq; juris gentium esse. *l. 5. ff. de iust. & iure.* Quod si quis instet: esse tamen aliquos jure civili introductos, verbi gratia stipulationem, & proinde etiam fidejussionem, quæ non fit sine stipulatione. *d.l. 5. in f. & ibi gl. ff. d. t. de I. & I.* Mirum tamen est, contractum, juris etiam civilis, velle dicere officium civile, verbi gratia: ut est magistratum gerere vel tutelam, item postulare pro alio sive advocatum esse, vel procuratorem in judicio, &c. Deindè quid fiet de cæteris fœminarum contractibus, qui non sunt juris civilis, sed Gentium, ut pignoris datione, &c. Nam de his quoque non minùs quàm de civilibus comprehensum est in Senatusconsulto. *d.l. 2. § omnis. ff. ad SC. Vell.* Certè quæ sunt juris Gentium ea non facile patiar vocari officia civilia, sicut neque publica, quæ à privatis hominibus fieri possunt. Accedit quod nusquam prohibentur fœminæ vel emptionem venditionem, vel locationem conductionem, vel societatem, vel mandatum suo nomine contrahere. Quæ cum ita sint, semper mihi accommodatior & magis propria visa fuit ratio prohibitionis Senatusconsulti huius, quæ auctore Ulpiano & ipso Justiniano, sumitur à fragilitate & imbecillitate sexus, quàm quæ aliundè. Sed non est novum, ut plures eiusdem juris rationes adferantur, ab aliis aliæ, quarum quædam sint conventiores, quædam nimis remotæ atque alienæ.

4 Cæterum † quod dixi intercessiones fœminarum pro aliis prohiberi Senatusconsulto: sic accipiendum est, non quasi ipso jure nulla esset obligatio mulieris, aut quasi nulla contra ipsam competeret actio, (imò verò & obligatur mulier ipso jure, & ex eà obligatione conveniri potest) sed ita quod ei volenti accommodetur exceptio Senatusconsulti Vellejani quæ quidem exceptio sæpissimè nominatur in legibus, *ut l. 6. & 8. 15. 19. 23. & seqq. l. 25. 27. &c. ff. ad Sc. Vellejan. l. 2. & 14. cum multis legibus seqq. C. eod.* Atque hoc est quod in aliis legibus nunc dicitur *beneficium*, nunc *auxilium* Senatusconsulti hujus: *ut l. 20. § 2. l. 26. ff. d.t. l. 5. 7. 9. 10. 12. & 23. C. eod.* Nec obstat quod *in l. 2. § 1. ff. d.t.* senatus ait: *ne ab his petitio, neve in eas actio detur*; Item *quod non sit æquum ipsas eius generis obligationibus obstringi.* Ex quibus verbis dicendum videbatur Senatum ita prohibuisse omnes intercessiones mulierum, ut ipso jure, nulla inde etiam obligatio, vel actio nasceretur: Respondendum enim dari quidem actionem (intellige ex præcedente obligatione.) Sed non cum effectu. verum si mulier opponat exceptio-
5 nem Senatusconsulti, quæ excludat actionem. Nam † aliàs quoque dicitur non dari actio, etiam illa quæ ipso quidem jure competit, sed per exceptionem eliditur ut videre est *in l. 1. & tot. tit. ff. quarum rerum actio non detur.* Quod inde fit, quia parum interest utrum ipso jure nullam habeas actionem, an verò habeas quidem sed talem quæ per exceptionem possit infirmari vel submoveri:
6 *ut est in regulis juris.* Hinc simul intelligimus, † quòd si mulier ex obligatione sua conventa non opposuerit hanc exceptionem, ex Senatusconsulto sibi competentem (sicut eam omittere potest, cum unusquisque possit beneficio

& jure

Digitized by Google

& jure ac favore pro ſe introducto non uti: Senatusconſultum verò hoc, continere beneficium & auxilium quoddam ob favorem mulierum conceſſum, jam ſuprà demonſtravimus multis legibus, quibus etiam adjungi debet *l. 40. qui exceptionem. D. de condict. in deb.*) tum verò efficaciter condemnetur. Ex quo † etiam videtur ſumi poſſe argumentum non contemnendum pro eorum ſen- 7
tentia, qui volunt mulierum poſſe renunciare exceptioni, ſeu beneficio huius Senatusconſulti, præſertim ſi fuerit admonita, & certio rata de vi ſeu effectu hujus juris ſibi competentis. Nam ſi poteſt mulier tacitè renunciare huic exceptioni, nempe eam omittendo: quidni poſſet eandem etiam expreſſo pacto remittere? certè, ſicut exceptionem ſuam opponere non cogitur, ita etiam renúciare illi, non prohibetur. Accedit, quod alioquin minor eſſet virtus expreſſi quàm taciti, cùm potiùs major eſſe debeat. Sed hac de re alibi latiùs explicatur: eſt enim controverſa, & quosdam graviſſimos viros habet diſſentientes, ut videre eſt apud weſemb. *in Paratit. ad Sc. Vell.* & Antonium Theſaurum *in Deciſionib.* Alibi quoque † explicandi locus eſt illas cauſas, quibus ceſſet exce- 8
ptio iſta ut ſunt inprimis, ſi mulier propriam obligationem ſuſcipiat, pro ſe videlicet, non pro alio contrahens: ſi callidè ſit verſata, & alterum deceperit: deceptis enim non decipientibus voluit ampliſſimus ordo ſubvenire & opitulari. *l. 2. §. 3. l. 23. ſi mulier. 2. & l. 30. ſi decipienti. ff. ad Sc. Vell. & l. 18. fœminis. C. eod. t.* Denique ſi dotem pro alia muliere ſpoponderit, vel pollicita ſi mulier. *l. 12. ſi dotare & l. ult. C. d. t.* quod interpretes etiam ad pias cauſas produxerunt.

Verum his & ſimilibus omiſſis, in præſentiarum videamus ea duntaxat, quæ de mulierum interceſſionibus in Novellis conſtituit Juſtinianus: quibus tamen ſuperiora non inutiliter præmiſimus majoris evidentiæ cauſa. Summa 9
† eſt: diſtinguendum inter mulierem, quæ pro alio interceſſerit, & eam quæ pro marito ſuo. Si pro extraneo aliquo interceſſerit mulier: Ipſo quidem jure tenetur, ſed habet exceptionem Senatusconſulti Velleiani, qua adjuvetur, ut paulò ante latiùs demonſtravimus: niſi interceſſionem ſuam poſt biennium iteraverit, & confirmaverit. Tunc enim omnimodo tenetur, neque amplius juvatur exceptione Senatusconſulti. Sin autem mulier pro marito ſuo inceſſerit, ſeque in eodem inſtrumento obligaverit cum ipſo, obligationi eius conſentiens: hoc nullatenus valet, aut tenet: ſed ita eſt ac ſi neque factum, neque ſcriptum quicquam eſſet: hoc eſt, ipſo jure nulla eſt obligatio, ita ut non ſit opus aliqua exceptione. *d. Nov. 134. c. 8 & Auth. ſiqua mulier. C. ad Sc. Vell.*

In hujus diſtinctionis † priore membro nihil continetur novi: omnia enim 10
congruunt cum jure ante Novellas recepto, ut videre eſt *in l. 22. ſi mulier. C. d. t.* In poſteriore tantum eſt jus novum. Ratio † differentiæ, inter mulierem 11
pro marito intercedentem, & eam quæ pro extraneo intervenit, hæc eſt: quia faciliùs intercedit mulier pro marito ſuo, & in illius obligationem conſentit, quàm pro extraneo ſe obliget. Quò faciliùs igitur mulier adducitur, ut cum vel pro marito ſuo obligationem in ſe ſuſcipiat: eò magis ipſi ſuccurrendum putavit Juſtinianus. Eſt † enim hic perpetuus ferè legislatorum mos: ut quam 12
in partem homines magis viderint propendere cupiditatibus ſuis atque exor-

bitare à legitimo tramite, ei ſe parti maximè opponant: minùs ſolliciti de ea parte, à qua tantum non imminet periculum: utpotè in quam vel natura, vel conſuetudo vitioſa hominum non tantoperè eſt proclivis. Quod verè à nobis ita dici, multis legum exemplis comprobari poſſet, ſi hoc nunc ageremus. Videri interim quædam poſſunt collecta à Cujacio, *in notis ad Vlp. fragm. t. 1. in fine.*

13 Dicet † aliquis: etiam jure codicis idem obtinuiſſe, videlicet quod ſi uxor interceſſiſſet pro marito, non potuerit ab ea quicquam jure exigi propter Senatusconſultum, *ut eſt in l. 1. C. ne uxor pro marito.* Ergo nihil novi videtur Imperator conſtituiſſe *in d. cap. 8. Nov. 134.* Reſp. Hoc novi conſtituit, quod ipſo jure nullam obligationem ex tali interceſſione oriri voluit ſed quod actum eſt, haberi pro non ſcripto, vel facto: cum jure codicis anteà ipſo jure valuiſſet obligatio, ſed tamen ope exceptionis infirmari potuerit.

14 Adduntur † *in d. Nov. & Auth.* duæ ampliationes: & una limitatio ſive ex-
15 ceptio. Prior † ampliatio hæc eſt: ſive ſemel, ſive multoties aliquid pro eadem re fiat, ut Imp. loquitur, id eſt, etiamſi mulier ſuam pro marito interceſſionem ſæpius repetiverit, & geminando confirmare voluerit. Eſt quidem aliàs in jure non parva vis geminationis, *ut docet Nicol. Everh. in Topic. in loco à vi geminationis:* & in hoc ipſo quoque tractatu Senatusconſulti Vellejani, *ut apparet ex l. 22. ſi mulier. C. ad Sc. Vell. ubi mulier ſi poſt biennium à priore cautione numerandum, denuò interceſſerit, efficaciter obligatur, ita ut nulla exceptione amplius juvetur: quia ſcilicet ex hac perſeverantia poſt tanti temporis lapſum apparet; eam non levitate quadam, ſed judicio animi interceſſiſſe.* Hîc autem quando mulier pro marito ſuo intercedit, nihil prorſus operatur geminatio, imò neque crebrior iteratio: quia obſtat ei diſerta legis prohibitio. *d. Nov. 134. c. 8. & Auth. ſi qua mulier.* Ex his apparet, quomodo Imp. *per d. Nov.* derogaverit priori ſuæ conſtitutioni,
16 quæ eſt *in d. l. 22. C. ad Sc. Vell.* Non obſtat his † *Nov. 61. c. 1.* nec *Auth. ſive à me C. d. t.* ubi ſi mulier poſt biennium iterum profiteatur, ſe conſentire in donationem propter nuptias à viro ſuo factam, hic iteratus conſenſus præjudicat ipſi: ut non poſſit ei amplius contra venire, aut revocare alienata: dummodo ex alis mariti rebus ipſi conſuli poſſit. Reſpondendum enim, ibi non agi de qualibet interceſſione mulieris pro ſuo viro: (hæc enim nulla iteratione confirmatur, ut modò dictum) ſed de conſenſu duntaxat mulieris in alienationem vel obligationem rerum immobilium, in quibus donatio propter nuptias eſt conſtituta. Ponderanda enim ſunt illa verba: *In hoc ergo contractu conſenſus mulieris nihil proficit, &c. niſi & ſecundò poſt biennium profiteatur.* Quod igitur de uno contractu iſto ſingulariter conſtitutum eſt, id non debet produci ad conſequentiam. Deinde, differunt interceſſio mulieris ſive obligatio pro marito, & conſenſus marito rem alienanti vel obliganti præſtitus. Et hæc de priore ampliatione.

17 Sequitur altera, † nempe etiamſi debitum ſit publicum, id eſt, fiſcale: quaſi dicat Imperator quamvis alioquin debita publica, ſeu fiſcalia ſint privilegiata: hoc tamen caſu pari jure cum privatis cenſentur: hoc eſt, mulier pro marito intercedens in publico debito, perinde non obligatur ipſo jure, atque in privato non obligatur: ſive, obligatio ipſius utroque caſu æquè eſt ipſo jure nulla.

Sithæ

Et hæ ſunt duæ illæ ampliationes, *in d. Auth. & Nov.* Exceptio † autem ſi- 18
ve limitatio illa eſt: niſi pecuniæ (quarum ſcilicet nomine mulier pro viro ſuo
interceſſit) in propriam ipſius mulieris utilitatem ſint expenſæ, hoc eſt, niſi in
rem uxoris verſæ ſint. Ratio † exceptionis hujus, id eſt, quare mulier tunc 19
obligetur, eſt, quia hoc caſu perinde eſt, ac ſi ipſa mulier principaliter eſſet ob-
ligata. Tunc autem ceſſat Senatusconſultum etiam jure Digeſtorum & Co-
dicis.

Quæritur, † quid ſi mulier pro marito intercedens juraverit? Reſp. Jure 20
civili hoc jus jurandum eam vim non habet, ut mulier efficaciter obligetur, te-
ſte Accurſio *in gl. ad d. Auth. ſi qua mulier, arg. l. 5. C. de legib.* Sed Jure Canonico
ſecus eſt, ut poſt Speculatorem *in t. de oblig. & ſolution.* notavit etiam Joh. Faber
in d. Auth. ſi qua mulier. & Baudoza *in addition. ad eundem, in Auth. ſive âme.* Ita ex
Jure Canonico hic oriretur altera exceptio, nempe niſi jurata eſſet interceſſio
uxoris pro marito. Ratio hujus exceptionis poſita eſt in generali illa regula Ca-
noniſtarum: Omne jus jurandum ſervandum eſſe, quod poſſit ſervari ſine di-
ſpendio ſalutis æternæ. *cap. cum contingat. extr. de jurejur. & cap. quamvis. 2. de pa-
ctis lib. 6. & Nicol. Everh. in Topic. in loco à juramenti.*

Eſt & † alius inſuper locus in Novellis de Senatusconſulto Vell. nempe 21
Nov. 118. cap. 5. unde *Auth. matri & avæ* C. *quando mul. tut. offic. fung. poſ.* matrem
& aviam poſſe tutelam liberorum ſuorum ſuſcipere ea lege, ſi apud acta ſeu ju-
dicialiter renunciaverint, & ſecundis nuptiis & SC. Vellejani auxilio. Sed de
eo pluribus aliàs *infrà ſub cap. de tutelis.* Hæc hactenus pro inſtituti noſtri ratio-
ne de Senatusconſulto Vell. dicta ſint. Cæterorum autem, quæ ſunt *in Nov. 61.*
explicatio reſervanda eſt ad partem quintam, ubi de dotibus & donationibus
propter nuptias dicendi locum aſſignavimus.

Nunc priusquam ad aliud caput tranſeamus, operæpretium puto de duo-
bus admonere. Prius eſt; † quòd videatur Imper. noſter in *d. Novel. 134. cap. 8.* 22
imitatus eſſe Edictum Auguſti & Claudii Impp. Nam & hi duo Impp. jam olim
inter dixerant ne fœminæ intercederent pro viris ſuis, ut diſcimus ex Ulpiano
in l. 2 in pr. ff. ad S. C. Vell. quod non memini legere apud Suetonium vel Tacitum,
aliósve hiſtoricos. Juſtinianus autem proculdubio illa anteriorum edicta au-
xit, &, ut ſic loquar fortiora effecit: ipſo videlicet jure denegatâ obligatione:
cùm ex illis edictis, ſicut & ex Senatusconſulto, credibile ſit tantùm exceptio-
nem competiiſſe. Deinde etiam repudiavit geminationem, ſive crebriorem ite-
rationem interceſſionum, eique nullas vires intereſſe voluit.

Poſterius obſervandum; † quòd moribus noſtris, ſive multarum civita- 23
tum ſtatutis, maximèque illarum in quibus vigent mercaturæ & negotiatio-
nes, & per fœminas quoque adjuvantur & exercentur: quòd, inquam, hoc jus
de interceſſionibus mulierum tàm pro maritis ſuis, quàm pro aliis magnoperè
ſit immutatum, adeoque ferè abolitum auxilium Senatusconſulti Vellejani,
etiamſi mulier, ei, ut quotidiè fit, non renunciaverit. Hac de re † inprimis 24
videri poteſt Reform. Noriberg. *tit. 19. l. 5.* Von Bürgſchafften der Frawen vnnd
Jungfrawen, ubi ita diſtinguitur inter mulieres fidejubentes: quod aut liberæ

fidejussione. A pacto † quidem, quia ex pacto non nascitur obligatio, neque 3
actio. *l. 7. §. sed cum nulla, & §. quin imò ff. de pact. & l. 10. §. eod. tit. cum similibus*: sed ex constituto prætor dat actionem, quæ nunc dicitur actio constitutoria, *ut l. 20. ff. de constit. pec.* nunc actio de constituta: *l. 1. §. 4. cum qui, & l. 5. §. 1. & l. 24. Titius cum ll. seqq. & l. ult. ff. d. t.* nunc planiùs & usitatius actio de constituta pecunia. Prætor enim hîc in actione introducendâ spectavit naturalem æquitatem, cui favit, ut est *in l. 1. ff. de pecun. const. t.* Sed inquies, † an non etiam in pacto 4
quolibet, æquè ac in constituto, naturalis æquitas versatur? Maximè verò, ioq; non dissimulat Ulpian. *in l. 1. in pr. ff. de pact. huius*, inquit, *Edicti equitas naturalis est*. Sed cum æquitatis ratio diversa jura non admittat, *arg. l. illud. ff. ad L. Aquil. & l. ult. C. de constit. pecun. & Cicero in Topicis*: quid igitur causæ esse dicemus quod prætor ex pacto exceptionem tantùm dat, & ita servat pacta conventa: ex constituto autem etiam dat actio? Resp. id inde fieri, quia constitutum omne accedit ad aliam obligationem. Neque enim constituitur, nisi debitum: nam sic ait prætor in ipso edicto; qui pecuniam debitam constituerit. *l. 1. §. 1. ff. de pec. constit.* idque deinde interpretatur Ulpian per species & causas debitorum: pactum verò non accedit ad aliam obligationem. Unde non est mirum, quòd major vis à prætore tributa sit, constituto quam pacto, quia hoc est quasi solitarium: illud non est solitarium, sed cum alio debito conjunctum.

A stipulatione † differt constitutum 1. origine, quia illa est juris civilis: 5
hoc est juris Prætorij. 2. differunt forma: illa fit per interrogationem & responsionem: hoc non item, sed per simplicem promissionem; aut si omninò etiam ad interrogatum respondeatur; hoc ex accidente fit, & non animo stipulationis contrahendæ. 3. Stipulatio non fit inter absentes. *l. 1. in pr. in verb. nec absens quidem. ff. de V. O. §. Item verborum. Inst. de inutil. stipul.* sed constitutum inter absentes quoque fieri potest per nuncium, vel Epistolam. *l. 5. §. Iulianus. & l. 14. quia. §. ult. ff. de pecun. constit.* 4. Quantum à stipulatione distet constitutum, vel hinc apparet, quòd inutilis stipulatio, ne quidem in vim utilis constituti, valet, aut sustinetur. *l. 1. §. eum qui inutiliter. ff. de pecun. const.* & tamen inutilis acceptilatio valet tanquam pactum. *l. 8. an inutilis. in pr. ff. de acceptil.* Differentiæ † ratio est, quia stipulatio & constitutum tendunt ad obligationem introducendam illa quidem ex jure civili, hoc verò ex jure prætorio ut paulò antè dictum: sed acceptilatio & pactum de non petendo tendunt ad liberandum. Proniores autem sunt leges ad liberandum, quàm ad obligandum. *arg. l. 47. Arrianus. ff. de Obl. & Act.* Conveniunt † tamen hæc duo in quibusdam, ut maxi- 7
mè in eo, quod sicut inutilis est stipulatio, qua quis promisit alium daturum, vel facturum: de se enim quemque promittere oportet. *§. si quis alium. Inst. de inutil. stipul. & l. 83. inter. in pr. ff. de V. O.* sic etiam non tenetur si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio. *l. 5. §. 4. sed si quis. ff. de pecun. constit.* Denique † à fidejussione differt constitutum primùm eo, quòd fidejussio fit per stipula- 8
tionem: sed constitutum absque stipulatione, nudis sive quibuscunq; verbis, vel scriptura, vel per nuncium; ut suprà dictum. Secundò constitutum etiam inter absentes fieri potest, *d. l. 14. §. ult.* sed fidejussio inter absentes non contrahitur,

hitur, sicut nec stipulatio. Tertiò, nemo fidejubet pro se ipso, sed tantùm pro alio *l.1.§ 8.sed aut proprio.ff. d. Obl. & Act. & inst. tit. Instit. de fidejussor.* in verbo *alii*. Sed constituere quis potest tàm id, quod ipse, quàm quod alius debet: ut præter alia juris loca manifestum est *ex ipsa Nov.115.c.ult.& Auth.si quando. C.de constit.pecun.* His ita præmissis, quorum uberior explicatio, sicut & aliorum, quæ de constituto dici possunt, aliunde repetenda est, *vid.paratit.l. w esemb. &c.* videamus quid in Nov. Imp. de constituta pecunia novi juris constituerit.

9 Summa † hæc est: distinguendum esse inter quatuor casus, & formulas constituti, qui casus & quæ formulæ quo ad jus & effectum magnoperè differunt: nam 1. vel ita quis constituit pro se, aut pro alia persona, ut dicat: *satisfaciam tibi.* (nempe, quod ego, vel alius debemus.) 2. vel ita: *satisfiet àme, & ab illo, & illo*, verbi gratia: à me, & à Tertio, & Sempronio. 3. vel ita: *satisfiet tibi*, sive, *erit tibi satisfactum aut àme aut à Titio.* 4. vel impersonaliter ita: *satisfiet.* Ad hunc modum primò distinctis quatuor casibus (qui eodem ordine *in d. Nov.115.* recensentur; ab Irnerio autem & Cujacio nonnihil perturbantur præter rem) nunc quem quisque effectum juris habeat, cognoscamus: sive quæ, & quatenus utilis, vel inutilis sit formula.

10 Primus † igitur casus dubitationem nullam habet: tenetur enim talis pro ea quantitate quam promisit, inquit Imp. *in d. Nov.cap.ult.* & ex eo Irnerius *in d. Auth.si quando*; quod puto intelligendum juxta *l.14.qui autem constituit, in pr.ff. de pecun.constit.* qui constituit, inquit Ulpianus se soluturum, tenetur, sive adjecit certam quantitatem, sive non. Nam ea intelligitur quantitas sive summa,
11 quæ est in obligatione priore, quam quis constituit. Certum verò † est, non solùm quod suo nomine exprimitur, sed etiam quod per relationem ad aliud innotescit, ac definitur, sive certificatur. *arg.l.6.certum.ff.de reb.cred. & §. curare. Inst.de Action.cum utrobique notatis, vide etiam l.74.cum l.seqq.& ibi Dd ff. d. V. O.* Jam autem hîc fit relatio ad alterum quod est certum, verbi gratia, quantã summam Titius tibi debet, vel quantum ego tibi debeo, ex causa emptionis, ex causa mutui, tantam summam sive tantum me tibi soluturum constituo. Si igitur appareat in obligatione esse, exempli gratia 100. aureos, tantundem etiam erit in constituto, etiamsi hoc non fuerit nominatim expressum. Idem etiam ad sequentes formulas volo repetitum: sicut hoc quoque ad omnes quatuor for-
12 mulas observandum est: Imperatorem *satisfaciendi* † verbum impropriè usurpasse *in d. Novell.* vel potiùs Latinum intepretem: quem & Irnerius secutus est
13 *in d. Auth.* Satisfactione enim usi sunt pro solutione: cùm aliàs inter † satisfactionem, ac solutionem multum intersit in Latina lingua, & in jure: quæ & opponuntur *in l.10.ff.de pignor.act.* in verb. *quod si non solvere, sed aliaratione satisfacere, &c* Ubi creditor non cogitur satisfactionem accipere pro solutione, sic. *in l. 21.promissor.§. ult.ff.de pecun.const.* qui constituit se soluturum, non satisfacit constituto, si pro solutione satisfactionem offerat creditori: hoc est, si paratus
14 sit dare fidejussores, vel pignora, vel hypothecas. Nec obstat † *l.52.ff.de solutionibus.* ubi satisfactio dicitur esse pro solutione. Nam hoc accipiendum volente & consentiente creditore, qui alterum pro altero admittit. Tunc, inquam, satisfactio-

factio eundem effectum habet quem & solutio, *vid. & Acc. ad l. 52.* sed invito, sicut aliud pro alio solvi non potest, ita etiam satisfactio pro solutione, puta pignus pro nummis obtrudi non potest Et hæc hactenus de primo casu.

Secundo casu, † si non consentiant illi, quos secum conjunxit constituens: 15
ipse solus obligatur, sed pro rata portione verbi gratia si, cùm debiti constituendi summa esset trecentorum aureorum, dixerit quis creditori: *satisfiet tibi à me & Titio ac Sempronio*, tantum in centum tenebitur: Titius autem & Sempronius, qui non consenserunt nullatenus obligabuntur. Ratio est: quia hîc duplex est promissio: una utilis de suâ constituentis personâ, quod ipse dare velit: altera inutilis de datione alterius vel aliorum: hîc enim deest consensus, sine quo nulla contrahitur obligatio. *l. in omn bus. 55. & l. 57. ff. de O. & A.* & quod inutilis sit promissio alium daturum vel facturum, expressum est *in §. si quis alium. Inst. de inutil. stipul. & in l inter 83. in pr. ff. de V. O.* Jam autem promissio utilis per inutilem non vitiatur, *arg. l. 1. §. sed si mihi 5. ff. d. t.* Quare obligabitur ipse constituens solus pro sua persona, & quidem non in solidum: verbi gratia, ut teneatur solvere totam summam trecentorum aureorum, sed pro rata duntaxat, id est, pro tertia parte. Nam ulterius non consensit, sed quòd reliqua ducenta alios daturos promisit, in eo erravit nec potuit alios non consentientes obligare: ideoque eatenùs promissio illius pro nullâ est habenda. Atque ita mutatis mutandis etiam de aliis exemplis similibus judicandum est: verbi gratia: si quis, cùm quadringenti aurei deberentur, hoc modo constituerit: de ea summa se & Cajum satisfacturos. Cajus quidem nullo modo, ipse verò in ducentos tantùm obligabitur, id est, ad mediam partem. Nam quoad alteram medietatem inutile est constitutum. *arg. d. l. 83. de V. O. & fac. eô dem l. 11. quæcunque. ff. de O. & A.*

Tertio casu, † si quis dixerit, *satisfiet*, sive, *erit satisfactum tibi aut à me, aut à* 16
Titio: non consentiente Titio, ille solus tenebitur qui promiserit, & quidem in solidum tenebitur. Ratio est, quia hoc agitur, ut & constituens teneatur in solidum. Non ergo attenditur Titius sub alternativâ, seu disjunctione adjectus: sed habetur pro non adjecto, cùm alter cõstituens suâ promissione ipsum obligare non potuerit, per ea, quæ suprà dixi; *ad secundam formulam vel casum.* Benè autem notanda est differentia hujus formulæ à præcedente secundâ, & quantum intersit, utrum dicas: *Ego tibi constituo me* AUT *Titium de ducentis satisfacturum, sive, hanc summam soluturum*: an verò dicas: *constituo me* ET *Titium tibi satisfacturum de ducentis.* Nam altero casu, qui disjunctionem continet, in solidum teneberis altero: qui habet copulativam, duntaxat pro rata portione. Nam adjectio Titij quæ est inutilis, non auget obligationem tuam. Vid & Cujac *in fin. d. Nov. 115.*

Quarto casu, † impersonaliter factum constitutum puta, *satisfiet*, non ob- 17
ligat constituentem. Ratio est, quia Impersonalitas illa, id est, quòd non exprimitur neque quis neque cui solvere aut dare debeat; vitiat id quod agit. Cui simile est quod nec stipulatio hujusmodi valet, *dabis centum? dabuntur.* Nam hîc quoque est Impersonalitas vitiosa.

Hæc de constituto quatenus ad expositionem Novellarum satis est, dicta

18 sunto. Ad extremum illud observetur, quòd † Justin. *in l. ult. C. de constit. pec.* beneficium divisionis, ex Epistola D. Hadriani competens pluribus fidejussoribus, de quo agitur *in § si plures, vers. sed ex Epistola. Inst. de fidejussor.* produxerit etiam ad duos, plurésve reos constitutæ pro alieno debito pecuniæ. Sic enim solent jura & beneficia legum paulatim ampliari ac produci utilitatis causa.

CAP. VI.

De duobus reis. Ad Novell. 99. & Authen. Hoc ita. C. de duobus reis stip. & prom.

SUMMARIA.

1 *Novella 99. quinquennio posterior est Novellæ 4. cuius ipsa appendix.*
2 *Quomodo duo plures ve rei debendi constituantur.*
3 *Singuli correorum debendi, in solidum obligantur.*
4 *Correi debendi etiam vice mutuâ fideiussores utriusque accipi possunt.*
5 *Quid iuris si non pro se invicem fideiusserint correi?*
6 *Correi debendi non sunt invicem fideiussores, nisi hoc nominatim expressum sit: contra Cuiacium, &c.*
7 *Summa iuris, de duobus vel pluribus reis debendi per Novellas constituti.*
8 *Dividitur inter correos obligatio non ipso iure, sed ope exceptionis.*
9 *Exceptionem divisionis omittens correus debendi, in solidum condemnatur.*
10 *Exceptio divisionis non habet locum, quatenus aliquis ex correis non est solvendo, vel absens.*
11 *Summa iuris Novellarum de duobus reis, planiùs proposita.*
12 *Pactum inter creditorem & correos debendi interpositum, ut quilibet horum teneatur in solidum; obligationem quidem singulorum in solidum ipso iure introducit, sed divisionis beneficium implorari non prohibet.*
13 *Renunciatio beneficii non potest extrà introduci.*
14 *Regula, In contrahendo id quod agitur pro cauto haberi, fallit in correis debendi, & novationibus.*
15 *Quid sit, voluntate solùm non lege novandum esse in l. ult. C. de Novat?*
16 *Pactum correorum debendi inter sese, creditori non consentienti haud nocet.*
17 *Balduinus Nov. 99. & Authent. Hoc ita. C. de duobus reis strictiùs accipit.*
18 *Differentia inter administratorem sive magistratum, & iudicem pedaneum.*
19 *Pedaneus iudex non habet apparitores.*
20 *De cessione actionis remissive.*
21 *Nov. 99 tantùm ad contractus futuros pertinet, ut & leges alia.*
22 *Novell. 99. non est habenda ad duos plures ve reos stipulandi vel credendi.*

1 CEle berrima est hæc Novella, quam nunc breviter explicabimus, non minùs, quàm Novel. 4. de qua suprà dictum. Estque † hæc 99. ferè quinquennio posterior illâ quartâ, quam in hac quoque initiò laudat, ut & Franc. Balduinus annotavit *in Justiniano suo pag. 529.* & Henricus Agylæus Novellam 99. vocat appendicem quartæ.

2 Quomodo autem † duo plurésve rei debendi constituantur, latiùs explicatur *in tit. Inst. de duob. reis stipul. & promitt. & in l. 2. 3. & 4 & l. 9. eandem rem ff. de duobus reis constit.* ubi *in l. 9.* Papinianus docet non tantùm per stipulationem, sed etiam ex quolibet contractu, ut emptione venditione, locatione conductione, depositio, commodato, mutuo, &c. atque etiam ex testamento duos, vel plures reos constitui posse: puta si eandem rem apud duos deposuerim, in solidum utriusque

utriusque fidem secutus, si duobus eandem rem commodaverim, vendiderim, locaverim, &c. Item si testator pluribus heredibus institutis dixerit: *Titius & Mœnius Sempronio decem dãto.* Quo casu duo isti heredes singuli in solidum debent Sempronio, tanquam legatario, decem. Ad quod postremum exemplum conferenda est etiam *l. 17. sive à certis. ff. de duobus reis.* Deinde † hoc quoque 3
præmittendum, ex duobus vel pluribus correis debendi, singulos in solidum obligari. § *duo, plúresve Inst. d. t.* Nam in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio, ut Papinianus ait *in d. l. 9. §. ult. ff. eod. t.* id est, hoc respectu, tot quodammodò obligationes esse censentur, quot sunt personæ: tametsi interim una eademque res in omnium obligatione versatur. *d. §. duo. vers. in utraq; tamen*, ex una quoque stirpe, unoque fonte unus effluxerit contractus, ut loquitur Justin. *in l. ult. C. de duobus reis.* verbi gratia: & à me & à Titio stipulatus es centum: hic & ego tibi teneor in centum, & Titius in totidem obligatur. Huic consequens est, ut possit creditor, à quo velit, exigere debitum integrum, nec ea in re debeat prohiberi: hoc enim est jus duorum reorum *l. 3. §. 1 ff. de duob. reis, & l. 2. C. eod. titulo.*

Tertiò † præmittendum, posse duos reos promittendi, sive debendi, etiam 4
fidejussores vice mutua, accipi non inutiliter, ut est *in l. 11. reos. ff. de duobus reis.* Quæ res ad hoc prodest, ut solidum solvens unus ex ipsis, partim suo nomine, id est, ex obligatione principali, partim fidejussorio, id est obligatione accessoria, habeat actionem mandati contra alterum correum: hæc enim actio dari solet fidejussori recuperandi eius causa, quod pro reo solverit. § *si quid autem. Inst. de fidejussor. l. 6. § si passus, & l. 20. ex mandato. §. 1. l. 33. rogatus, & l. 40. si pro te, & l. 53. qui fide. ff. mandati.* Quod † si non fidejusserint invicem duo rei, non solum 5
mandati actio non datur ei, qui soluit, sed nec ulla alia: quia soluit quod ipse debuit: tametsi ipsius solutio etiam correo profecerit ad liberationem. Nam unius solutione omnium correorum obligatio perimitur, & cæteri quoque liberantur. *d. §. duo. Inst. de duob. reis. & l. 3. §. 1. ff. eod.* si tamen correi debendi fortè simul sint socii: inter se scilicet, hoc casu dabitur illi qui soluit, contra alterum actio pro socio ad recuperandam ratam portionem. Potest etiam unus ex correis inter solvendum impetrare à creditore cessionem, sive præstationem actionum quas ipse creditor habebat adversus correum & tunc ex jure sibi cesso, aget is qui soluit vel actione pecuniæ creditæ sive ex mutuo, vel actione ex stipulatu, vel alia quapiam, prout scilicet fuerit genus actionis quæ ipsi creditori & cedenti competebat: qua de re infrà *sub fin. hujus cap.* breviter admonebo. Sed
† duo rei non sunt invicem fidejussores, nisi hoc nominatim fuerit dictum (in- 6
ter contrahendum scilicet) eos vice mutua fidejubere; non sunt, inquam, fidejussores inter sese; quoad hoc, ut ipsis detur actio mandati, & ut locus sit compensationi. Nam & fidejussores rectè compensant, quod reo principaliter à creditore debebatur *l. 4. & 5. ff. de compensation.* Tametsi Accursius etiam correorũ, qui non sint socii, unum compensare posse velit, quod stipulator debet alteri, quam glossæ sententiam *in l. 10. ff. de duobus reis*, etiam Cujacius approbat *ad h. Novel. nostram*, tametsi valdè refragari videatur ipsa *l. si duo, 10. d. t.* Quod autem

putat Cujacius *ad eandem Novel.* duos reos videri invicem fidejussisse, respectu effectus atque exactionibus; quamvis id nominatim non sit dictum, ad quod hoc utitur argumento, quia possit à singulis exigi solidum. Mihi, quod pace tanti viri dixerim, non satis bonâ consequentiâ hoc inferri videtur: duo rei possunt conveniri in solidum, & à singulis potest solidum exigi. Ergo videntur invicem fidejussisse. Antecedens quidem est verissimum: sed eo non benè infertur istud consequens, quòd videantur vice mutuâ accepti fidejussores. Constat enim fidejussores non posse exigi in solidum, cùm habeant beneficium divisionis, ex Epistola D. Hadriani, de quo & suprà dixi *ad finem cap. præcedentis.* Allegat Cujac. *l. 17. vir uxori. §. ult. ff. ad SC. Vellejan.* quasi dicatur ibi mulier intercessisse pro Titio, si Titius & mulier, cùm essent socii, simul mutuati, eiusdemque pecuniæ rei facti sint. Sed non est negligenda distinctio quæ ibidem ab Africano adhibetur, ex qua discimus mulierem non specialiter videri pro socio intercessisse. Præterea intercedendi, sicut, & interveniendi vocabulum multò latiùs patere, quàm fidejussionis, satis intelligi potuit ex iis, quæ supra dixi *capite 4.* In summâ non est eadem conditio duorum reorum quæ fidejussorum, ut & Balduinus rectè scribit *in Justiniano pag. 530.* tametsi non negem posse etiam duos reos inter se fidejubere *d. l. 11. ff. de duobus reis:* sed ex eo nihil derogatur essentiæ correorum, neque mutatur ipsorum obligatio, quoad creditorem principalem: huic enim nihil præjudicat, si quid correi inter se pepigerint: ut infrà pluribus docebo. Fuit autem jam olim inter Dd. controversa & agitata hæc quæstio, *An duo correi debendi videantur ad invicem fidejubere?* ad quam quæstionem alii respondendum putarunt affirmative, ut Martinus: alii, ut Johannes, negative; alii deniq; per distinctionem, ad quem vel ad quos pecunia pervenerit, ut Azo & Dimus: Sicut videre est apud Johan. Fabrum *in Breviario Codicis ad l. 2. creditor. C. de duobus reis.* Vide & Bart. *ad h. Nov. n. 7.*

Cum igitur juri veteri (Digestorum & Codicis) potuerit à duobus reis singulis exigi solidum ut jam didicimus *ex d. l. 3. §. 1. ff. de duobus reis, & ex l. 2. C. eod.* item *ex §. duo plureve, Inst. eodem titulo.* Nunc videndum restat, an & quidnam
7 hac in re per Justinianum Jure novissimo sit mutatum. Summa † est: ex duobus pluribúsve reis unus non in solidum, sed pro parte virili, sive pro ratâ portione tantùm conveniri condemnarique potest (quod Imperator vocat, *ex æquo omnes obligationem sustinere: ex æquo*, hoc est, divisis portionibus, quod Irnerius *in d. Auth. hoc ita.* sic effert: *ex æquo sustinebunt onus*) nisi nominatim dictum expressumque sit, ut singuli in solidum teneantur, vel proprio nomine, vel ex mutua fidejussione. Secundò, imò etiamsi pactum, vel dictum sit expressè, ut singuli in solidum teneantur, tamen si omnes sint solvendo, sive idonei & præsentes, habebunt beneficium divisionis: nam hoc beneficium, quod Hadrianus Imperator primò tantùm dederat confidejussoribus: *ut est in t. t. Inst. de fideiussor.* quodque Justinianus posteà produxerat ad plures reos constitutæ pecuniæ, qui alienum debitum solvere constituissent. *l. ult. C. de const. pecun.* Tandem *in hac Nov.* etiam indulsit principalibus correis debendi, ut ipsi quoque postulare possint actionem inter se dividi, si omnes sint solvendo & præsentes.

Hinc

Digitized by Google

Hinc † intelligimus non voluisse Imperatorem ut obligatio inter correos 8
ipso Jure dividatur, sed exceptionem duntaxat ipsis tribuisse (quod & Fr Bal-
duinus *d. loco* rectè animadvertit, & Cujac. *ad Novel. nostram*) quam † proinde 9
si non opponat is, qui in solidum convenitur, in solidum quoque condemnabitur, cum beneficium invito non detur. *l. 69. invito, ff. de R. I.* & possit unusquisque suo jure non uti, *ut est apud Cicer. pro Balbo*, Juri nostro convenienter, *l. pen. C. de pact.* Dixi, † *si omnes sint solvendo sive idonei, & præsentes.* Nam si qui ex 10
correis debendi, vel minus solvendo atque idonei sint, vel absentes; hi onerant cæteros correos: id est, efficiunt, ut illi tantò in majorem summam condemnétur, verbi gratia: tu & ego, & tertius, promisimus trecenta: itaque hujus summę constituti sumus rei debendi sive correi. & quidem ita, ut in solidum ipso jure singuli teneamur, & unusquisque nostrum in trecenta conveniri possit. Sed si ego, verbi gratia, fortè solus conveniar, potero oppositâ exceptione divisionis, hoc consequi, ut tantùm pro ratâ sive tertiâ parte, id est, in centum condemner: ut ita reliqua ducenta cogatur creditor petere à secundo & tertio meis correis: dummodò correi illi sint solvendo & præsentes, ut scilicet conveniri atq; exigi possint. Sin autem secundus, & tertius non sint solvendo, sed facultatibus lapsi, vel etiam absentes: nihil proderit mihi beneficium divisionis: & frustrà postulavero, ut actio inter me & correos dividatur: nam inanis alioquin esset actio, quam inopia debitoris excluderet. *l. 6. ff. de dolo malo.* Condemnabor igitur in solidum, id est, ut solvam solus illa trecenta. Quod si unus tantum fuerit non solvendo, puta tertius; ipsius portio quasi accrescit mihi, & secundo, qui solvendo sumus, & nos onerat. Quare singuli cogemur solvere centum quinquaginta.

Dicam, † si potero, etiam planiùs, quid jure novissimo de duobus reis con- 11
tineatur. Aut pactum speciale interven it, ut unusquisque ex correis teneretur in solidum: aut nullum pactum speciale interpositum est, sed simpliciter promiserunt correi. Priore casu, singuli tenentur in solidum: veruntamen ita, ut non mox possit quisque in solidum exigi: sed tantùm in partem virilem: si reliqui & præsentes sint, & idonei, simul cogendi sunt ad solutionem, ut inquit Irnerius *d. Auth.* quod intellige, si scilicet opposita fuerit exceptio dividendæ actionis: nam judex non impertit officium suum, nisi imploretur, ut aliàs dicitur: & exceptio omnis requirit factum hominis ad excludendam actionem. Posteriore casu, correi ex æquo sustinebunt onus, ut ait *d. Auth. Hocita*, id est, quisque solvet pro rata, quomodo suprà exposui. Ita vidimus utroque casu, sive convenerit de solidi obligatione, sive non; tamen semper locum esse beneficio divisionis inter eos, qui solvendo & præsentes sunt. Dices, † ad quid 12
ergò proderit pactũ? & an non contravenitur huic pacto, si nihilominùs potest unus ex reis divisionem postulare & consequi, ut pro parte duntaxat virili conveniatur, & condemnetur? Resp. qui pacto se obstinxit in solidum, is non statim dicendus est renunciasse beneficio divisionis sibi competenti, cùm etiam sine pacto teneatur ipso jure unusquisque in solidum: & renunciatio † beneficii 13
alicui competentis, non possit tacitè introduci, cum nemo præsumatur suum 14

jactare. *l. 25. cum de in debito. ff. de probation.* & odiosa ac stricta sit omnis renunciatio ideoque non adjuvanda per interpretationem, *arg. l. 19. cùm quidam. ff. de liber. & posthum. & cap. odia. de R. I. in 6.* Ea autem vis est pacti, ut illo omisso jure novissimo nunquam teneatur unus ex duobus vel pluribus correis debendi, in solidum, sicut olim jure Pandectarum, & Codicis tenebatur: Illius verò expressa adjectione ad hoc est opus, ut quis in solidum teneatur: nec sufficit jure novissimo, etiamsi tacitè forsan hoc agatur: cùm alioquin regulariter in con-
14 trahendo id quod agitur pro cauto habendum sit. *l. 3. ff. de reb. cred.* Sed † ab ea regula excipitur tum hic casus, si duo pluresve sint constituti rei debendi: tùm si novatio fieri debeat. De priore exceptione est *d. Nov. 99.* de altera est *l. ult. C. de Novation. & Delegation.* ubi Imper. ait, voluntate solùm, non lege novan-
15 dum, † hoc est, tunc solùm fieri novationem prioris obligationis, quoties hoc ipsum fuerit expressum inter contrahentes, quod propter novationem prioris obligationis faciendam convenerunt. Ita enim ipsemet legislator suam constitutionem interpretatur, *in § præterea Novatione. Inst. quib. mod. toll. obl.*

16 Sed † quæ dixi de vi pacti, intelligenda sunt de eo pacto, quod inter creditorem ab una & correos ab altera parte interpositum est; nō autem de eo, quod ipsi inter se fecerunt correi ignorante creditore. Hoc enim nullum adferre præjudicium potest creditori quo minus teneatur quisq. in id quod ab initio scripserit seu promiserit, ut est *in d. Nov. 99. versic. aut aliquid inter se, &c.* Ratio est, quia res inter alios acta, aliis nihil nocet. *l. 63. sep. ff. de rejudic. & l. 1. C. res inter alios actas, &c.* & in specie alibi traditum est, pactis debitorum inter sese, jus creditoris non immutari. Atque hæc *de d. Nov. 99. & de Auth. Hoc ita. C. de duobus reis*, secundum intellectum communem & vulgarem quem & Cujacius sequi-
17 tur. Cæterum dissimulare non debeo pro mea fide, † singularem aliorum opinionem, ut Francisci Balduini qui *in Justiniano suo pag. 530. & seqq.* ea quæ hîc traduntur, notabiliter restringit: putat enim hanc Novellam non in genere de quibuslibet reis debendi loqui (neque enim temerè esse evertendum, & conturbandum jus vetus de duobus reis, neque facilè dicendum, quòd *l. 11 reos, ff. de duobus reis.* per *d. Novellam* à Justiniano corrigatur) sed de illis tãtum, quos Græci vocant ἀλληλεγγύους, id est, qui duobus modis sunt fidejussores; nempe quia duo fidejusserint pro uno aliquo principali reo debendi, & rursus alter pro altero invicem seu vice mutuâ fidejusserint, (sicut possunt & fidejussorum fidejussores accipi. *l. 8. Græcè. §. ult. ff. de fidejussor.*) Reprehendit igitur Balduinus & veterem interpretem Novellarum, & Gregorium Haloandrum: quorum ille inscriptionem Novellæ Græcam, quæ est περὶ ἀλληλεγγύων, vertit *de duobus reis promittendi*; (tametsi mox in textu *cap. 1. in pr.* ponat, *alterna fidejussione obligatos*) iste verò dùm transtulit *de duobus reis qui mutua vice fidejussores accepti sunt*, pluribus verbis inscriptionem exponendo magis quidem restrinxerit, sed nondum tamen satis, ut Balduin putat. Cujacius autem simpliciter inscriptionem *de duobus reis ponit.*

Nihil fetè jam reliquum est *in d. Nov. 99. & in Auth.* quod indigeat explica-
18 tione, præter illud discrimen † inter administratorem, id est, magistratum, & judicem.

Digitized by Google

judicem pedaneum, quem Irnerius *d. Auth.* judicem delegatum vocat quomodo etiam vulgò dici ſolet. Pedaneus † judex cum non habeat apparitores, id 19
eſt, officium, ut vocat Imper. *in d. Nov. in fine*: implorat, quoties opus eſt, opem & auxilium adminiſtratoris ſeu magiſtratus, qui habet apparitores. Vide Cujac. *b. & ad Nov. 90. de teſtibus.*

Fit † etiam *in d. Novell. 99.* mentio ceſſionis actionis: de quo argumento a- 20
libi copioſiùs tractatur, vid. *l. 1. 2 & 6. C. de O. & A.* ubi etiam Giphanius, poſt alios, diligenter id explicat.

Poſtremò † illud quoque notandum, hanc conſtitutionem vim ſuam exer- 21
cere tantum in contractibus futuris, non etiam in præteritis. Hoc enim generale eſt, ut leges novæ futuris tantum negotiis dent formam, non ad facta præterita revocentur: niſi nominatim etiam de præterito tempore, & negociis adhuc pendentibus, cautum ſit. *l. 7. C. de legibus*, quod hîc ſemel monitum ad plures Novell accommodari volumus.

Quæri quoque poteſt, † cum non tantum dentur duo pluresve rei pro- 22
mittendi, ſive debendi; ſed etiam ſtipulandi & credendi: an ergo ſicut in illis, Imperator jus novum introduxit, ita etiam in his aliquid novi conſtituiſſe, debeat intelligi? Et reſpondemus negativè cum Johan. Fabro *add. Auth. Hoc ita. C. de duob. reis*: ubi etiam plures quæſtiones videri poſſunt, verbi gratia: an uno libello conveniri poſſint duo rei debendi, in ſolidum, vel pro parte. de quo etiam Bart. *n. 1. add. Novell. 99.* quæ ipſi eſt *tit. 9. collat 7.* Non obſtat ſuperiori reſponſioni, quod diſpoſitum in uno correlativorum etiam in altero conſtitutum videatur, *arg. l. un. C. de indict. viduit. toll. & Nicoll. Everhard. in Topicis, in loco à relatis.* Nam ea regula locum non habet, quando diſpar ratio eſt inter correlativa; ſicut hîc profectò eſt. Sic etiam in modo conſtituendi duos reos vel plures, nihil per h. Novel. mutatum eſt, ſed tantum in modo exigendi: ut notat Bart. *h. n. 7.*

CAP. VII.

De Pignorationibus. Ad Novell. 52. C. 1. & Auth. ſed omninò. C. ne uxor pro marito. Et ad Novell. 134. c. 4.

SUMMARIA.

1 *Pignus pignoratio, repreſſalia, & ſpolium, differunt.*
2 *Pignus quid?*
3 *Pignoratio quid?*
4 *Repreſſalia, ſeu Repraſalia ſeu praſalia, quid?*
5 *Spolium quid, & quomodo a Pignoratione differat?*
6 *Repraſalia à Græcis oratoribus ἀνδροληψία, à Latinis veteribus clarigatio dicta, & cur permiſſa?*
7 *Ex alterius, etiam coniunctiſſimi, contractu aut delicto nemo moleſtiâ affici debet.*
8 *Pravâ conſuetudine invaluerunt pignorationes.*
9 *Conſtitutiones variæ Impp. contra pignorationes.*
10 *Conveniri dicitur etiam poſſeſſio, prædium, res.*
11 *Novella 52. cap. 1. & Nov. 134. cap. ult. juris obſoleti renovationem continent*
12 *Summa conſtitutionis Juſtinianeæ de pignorationibus, in dd. Novell.*
13 *Agylæi error circa pœnam pignorationis, ad Nov. 52. c. 1. in fine.*

14 *Quid*

Digitized by Google

14 *Quid post dd. Novellas in Imperio Romano fuerit observatum: ad Authenticam Habita C. Ne filius pro patre. & Decretalem, de iniuriis & damno dato in 6.*
15 *Constitutio & sanctio d. Auth. Habita: quoad pignorationes in scholares non exercendas.*
16 *Leo & pœna cap. unic. de iniuriis & dam. dat. lib. 6. Decretalium.*
17 *Moribus nostris quid circa pignorationes & repræsalias observetur, remissivè.*
18 *De Gallorum iure Marquæ.*
19 *De Longobardorum legibus, & Neapolitanis constitutionibus, remissivè.*
20 *Quæ causa usurpatæ pignorationis contrariæ constitutiones?*

---

1 NItiò † diligenter discernere oportet ea quæ cognationem quandam inter se habere videntur, & tamen revera sunt distincta: ut pignus, pigneratio, represaliæ quæ & præsaliæ dicuntur, deniq; spolium. Et *pignus* † quidem est contractus re factus, ut notum est *ex*
2 3 *t. Inst quib. mod. re contrah. obl.* & *ex tit. ff. de pignor. & hypoth.* *Pignoratio* † autem est, quando unus pro alio debitore, vel res unius pro re alterius apprehenditur, atque ita alius pro alio gravatur. Justinianus in utrâque Novellâ vocat
4 ἐνεχυριασμὸν, Germanis est Pfandung. *Represaliæ*, † vocabulo quidem barbaro & vulgari sed re antiquissimâ, sunt species quædam belli, sive eius denunciatio, quando ob denegatam justitiam alij pro aliis apprehenduntur, & attinentur, vel res aliorum pro rebus ac bonis aliorum. Unde apparet represalias esse licitas, sicut etiam bellum justum ac legitimum: cum è contrario pignorationes sint illicitæ, omniq; jure prohibitæ, quamvis, ut mox dicam, sæpè usurpatæ. Quidam tamen repræsalias confundunt cum pignorationibus ut & Bartolus, qui totum tractatum de repræsaliis scripsit, *n. 1. ad Auth. ut nonfiant pignorationes pro aliis personis.* Ubi ait: idem est, dicere pignorationes, quod repræsalias. Allegat *cap. unic. de iniuriis & damno dato lib. 6. decretal.* Sed ibi Gregorius X. hanc vulgi confusionem non tàm probat, quàm refert duntaxat. *Pignorationes*, inquit, *quas vulgaris elocutio repræsaliis nominat:* quasi dicat, *non rectè tamen.* Quod autem dixi paulò antè etiam *præsalias* quandoque appellari id confirmatur per titulum *de præsaliis puniendis, in constit. Neapolitanis Friderici II.* *Spo-*
5 *lium* † denique differt à pignoratione dupliciter: nam 1. pignoratio est rerum mobilium, vel personarum; spolium verò tantum est rerum immobilium (in usu, inquam, juris: nam aliud est apud Historicos, & alios Latinæ Linguæ autores, qui spolia appellant res hostibus detractas sive ereptas, quomodo spolia opima sæpè apud Livium & alios dicuntur.) 2. Pignoratio parit interdictum retinendæ possessionis, spolium autem pertinet ad interdictum recuperandæ. De his differentiis videri potest plenius differens Andr. Gail *lib. singulari de pignoratitionibus, obs. 1. & 2.* ubi † ex Budæo *in Annotationibus posterioribus ad*
6 *Pandect.* docet *n. 7.* vocari à Græcis oratoribus *Androlepsian*, eam rem quam postea Barbari *repræsalias* dixêre, Latini veteres *clarigationem* nominasse videntur, ut ex Hermolao Barbaro probat Gail *d. c. 2. n. 1.* & probat etiam Dn. Giphan. *in commentar. ad Auth. Habita c. ne filius pro patre.* Idem quoque Gail. *lib. 1. observ. 28. n. ult.* scribit repræsalias permissas esse ob denegatam justitiam. Ad hunc modum distinctis & declaratis vocabulis nunc rem ipsam aggrediamur.

Et primò

Et primò quidem certissimum est, ex alterius contractu, vel delicto neminem obligari. *l. 3. in fin. C. ne uxor pro marito, fac. l. 11. quæcunque. ff. d. O. & A.* Huic consequens est: neminem quoque debere ad alieni debiti solutionem urgeri, aut ob alienum debitum, sive id ex delicto seu ex contractu descendat, inquietari, aut molestiâ ullâ adfici, neque in bonis, neque in personâ seu corpore suo, *l. 2. & l. ult. C. ne uxor. pro marito, fac. eod. l. 22. sancimus. C. de pœnis, & l. 26. crimen. ff. eod. tit. l. 7. cum ratio. ff. de bon. damnator.* ubi pœnam luere non debent, quos nulla contingit culpa. Et hoc adeò verum est, ut ne quidem ex conjunctissimis personis, possit unus pro alio, sive ex contractu sive ex delicto ejus conveniri, aut inquietari, puta nec frater pro fratre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec filius pro patre, nec pater pro filio, nec libertus pro patrono, nec patronus pro liberto, nec servus pro domino, nec dominus pro servo. *t. t. C. ne uxor pro marito, &c. & t. t. ne filius pro patre, &c.* ubi tamen maxima erat ratio dubitandi, quod in illis, quos enumeravi, quodammodò eadem persona esse videatur propter arctissimam conjunctionem ac necessitudinem inter ipsos: quæ tamen eò usque non valet, ut alter pro altero obligetur, sive contrahat quid, sive delinquat. Cum igitur tàm conjunctæ personæ, aliæ pro aliis non teneantur: multò minùs tenebuntur prorsus extranei ac remoti, etiamsi fortè ex uno eodemque sint vico, vel municipio sive oppido, vel ex eadem urbe: quò pertinet præclarus locus Theodorici, vulgò Dieterich von Bern, Regis Gotthorum apud Cassiodorum *lib. 4. var. form. dividuntur causæ germanis* (id est, fratrum distinctæ sunt obligationes) *filius obligationibus paternis, si non sit heres, exuitur: uxor maritalibus debitis, nisi per successionis vinculæ, non tenetur: & audacia ad solutionem trahit extraneos, cùm absoluant jura conjunctos.* Quanquam † autem hæc ita se habent: tamen jam olim ab injustis hominibus mos ille absurdissimus usurpatus est, nullo jure: ut ex contractu vel delicto unius ex vicanis vel civibus, alius convicanus vel civis teneretur: & ut liceret creditori ob unius vicani debitum apprehendere, atque adtinere alium quemvis ex eodem vico vel oppido hominem, vel eius res ac bona, donec verus debitor solvisset. Quæ, ut suprà dictum vocantur *pignorationes*, & Græco vocabulo ἐνεχυριασμοί. Hoc † cum viderent boni principes ac legislatores (quorum est officium, malitiis hominum minimè indulgere, sed potiùs obviare, & calumniantium iniquitates per legitimos expellere tramites: ut loquitur Imperator *in proœm. Instit.*) subinde ejusmodi pignorationes prohibuerunt: quod & Imperator satis indicat *initio d. Novel. 52.* in verbis: *plurimæ quidem & aliæ leges, &c.* verbi gratia: Imperator Zeno *in l. un. C. ut nullus ex vicanis pro alienis debitis vicanorum teneatur, lib. 11.* ubi ait: *grave est non solùm legibus verùm etiam naturali æquitati contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Idcirco hujusmodi iniquitates, circa omnes vicanos perpetrari modis omnibus prohibemus.* Cujus legis verba quædam Gregorius X. inservit suæ constitutioni, sive decretali *in cap. unic. de Injuriis & damno dato lib. 6.* Deinde Imperator Honorius & Theodosius constituerunt *in l. 4. C. de executor. & exactor. lib. 12.* ut ne quidem pro publicis debitis alienis convenire liceat alterius possessionem, id est, prædium:

dium: cùm tamen alioquin publicorum debitorum, id est, fiscalium, magnus injure sit favor & privilegium quoddam præ privatis. Quod autem Imperatores dicunt convenire † possessionem, intelligendum est *ex l. 7. Imperatores. ff. de public. & vectigal.* ubi in vectigalibus dicuntur ipsa prædia, non personæ conveniri, quod etiam indicat *l. 19. denique. ff. de jure fisci*, ubi ait Papinianus, res, non personam conveniri. Accursius *ad initium d. Novel. 52.* alias plures leges adducit, sed impertinentes, & quæ nihil ad rem faciant, ut Cujacius quoque rectè notavit *add. Novell.* & manifestum erit cuivis eas inspicienti. & ad nostrum argumentum conferenti, verbi gratia: *l. 13. extat. ff. quod metus causa*, non loquitur de eo qui alium pro alio convenit, ac molestat, sed de eo creditore, qui ab ipso debitore suo per vim extorquet debitum: cùm Novella nostra agat non de ipso debitore, sed de alio, qui pro debitore inquietatur. Ita ergò hîc quoque ex malis moribus bonæ leges sunt natæ. Sed ut fieri assolet, mores mali bonis legibus prævaluerunt, easque in potestatem suam pertraxerunt, ut cum Plauto loquar. Quo circa earum legum renovatio subinde ne-
11 cessaria visa est. Hinc † nata est *d. Novell. 52. cap. 1. & Novell. 134. cap. 4.* quæ duæ Novellæ *in dd. capp.* ex earum numero sunt, quibus non tàm aliquod jus, planè novum constituitur, quàm id, quod anteà fuit, in usum revocatur, atque adseritur adversus vim malorum morum pravæque consuetudinis, quibus priores leges, quasi oppressæ sub Zizaniis segetes, jacuerunt.

12 Constituit † autem Imperator. 1. ne post hæc ulla omnino fiat pignoratio, per quam alius pro alieno debito quicquam exigatur. Addit rationem hujus prohibitionis: quia non habet rationem, id est, absurdum prorsus est, alium quidem esse debitorem, alium verò exigi. Cui non obstat, quòd fidejussor, vel qui pro alio se soluturum constituit, exigi potest; cùm tamen ipse non sit debitor. Respondendum enim quamvis fidejussor & reus constitutæ pecuniæ non sint debitores principales, tamen negari non posse quin ipsi quoque sint obligati, saltem accessoriè atque ita quasi secundarii debitores facti rectè exiguntur. Secundò constituit, ne quisquam præsidum five judicum ullam pignorationem fieri patiatur. Utrique parti sua adjungitur sanctio: hoc est, pœna irrogatur creditori quidem duplex tum ut quod exigit vim passo restituat in quadruplum; tum ut jus crediti amittat, sive cadat ab actione, quam habuit contra verum debitorem. Cum qua posteriore pœnâ quodammodo congruit, quod est in *d. l. extat. 13. ff. quod metus causa*, & in *l. 7. si quis in tantam*, C. *unde vi.* Hoc solùm interest quod *in dd. leg bus* agitur de eo creditore, qui non ab alio per vim extorsit quippiam, sed ab ipso debitore vel possessore. Præsidi verò nulla quidem specialis pœna imponitur *in d. Nov. 52. cap. 1. in fine.* sed tantùm in genere comminatio indignationis Cæsareæ, quam in currere debeat. Sic enim illa verba accipienda puto cum Henrico Agylæo: *nihil erit tale, quod à nostris eos eripiat manibus.* In altera tamen *Novell 134. cap. 4.* judici provinciæ, sive præsidi exigenti debitum ab alio, qui non deliquit, hæc specialis pœna irrogatur, ut suppliciis subjectus in exilium pellatur, unà cum consiliariis & officio suo, sive apparitoribus: præterquam quod etiam cogitur resar-

cire

redamna, quæ aliis dedit. Quod autem † Agylæus talem creditorem etiam 13
fustuario, vel alia quapiam pœna corporali castigandum putat, in eo non est ipsi assentiendum: Nihil enim tale in eâ Novella dicitur. Illa verò verba, quibus deceptus esse videtur: *& supplicia sustinere in corpore, &c.* non ad creditorem pertinent, qui pignorationem fecit, vel à præside impetravit: sed ad alium qui pro debitore aliquid ejusmodi passus est: id quod satis convincit ipse contextus Novellæ.

Sed videamus, † quid post Novellas jam dictas in Imperio Romano fue- 14
rit observatum. Id colligere possumus partim *ex Authen. Habita. C. ne filius pro patre* (quæ est nobilissima constitutio Friderici Barbarossæ complectens privilegia studiosorum) partim ex Decretali Gregorij X. *in d. cap. unic. de injur. & damn. dat. lib. 6.* quibus ex locis utriusque juris apparet malè observatas fuisse Justiniani Novellas: & illis frustrà obnitentibus ac prohibentibus nihilominus pignorationes sive repræsalias usu frequentatas esse: nec tantum adversus laicos sive homines seculares usurpatas: verùm etiam contra clericos & studiosos sive ut Fridericus vocat, *scholares*; qui & ipsi quarundam regionum consuetudine *clerici* appellantur, quamvis non sint Theologiæ studiis addicti. Itaque & Imperator & Papa studiosis & clericis adversus illam pervetsam consuetudinem suis constit. cavere atque consulere studuerunt: in laicorum verò personis & rebus nihil mutârunt, adversus quos sane consuetudini inolescenti, quandoquidem eam penitus tollere non poterant, vim suam integram permisisse videntur. Atque, ut de *d. Authent. Habita. C. Ne filius pro patre.* priùs agam, in eâ † 1. notandum est jus ipsum sive constitutio. 2. sanctio, id est, pœnarum in transgressores & temeratores illius consti- 15
tutionis comminatio. Jus tale est: *nullus de cætero tàm audax inveniatur, ut aliquam scholaribus* (ita vocat more vulgari studiosos) *injuriam inferre præsumat, nec aliquod damnum eis inferat ob alterius, cujuscunque provinciæ, delictum vel debitum.* Ecce renovatam à Friderico I. prohibitionem pignorationum, non quidem, quoad laicos, sed quoad scholares duntaxat: ut ita hîc jus singulare, seu privilegium contineatur, non producendum ad consequentias *l. 16. Jus singulare ff. de legib. junctis duabus legibus præcedd.* Sanctio deindè sive pœnæ irrogatio in temeratores & transgressores dictæ constitutionis est duplex: una contra ipsos creditores, qui pignorationem adversus studiosum exercuerunt: altera, contra præsides, quos Imperator vocat locorum *Rectores*, quia d talia conniventes pignorationem fieri passi sunt, nec debito modo injuriam vindicarunt. Et creditor quidem jubetur res ablatas studioso restituere in quadruplum, per condictionem scilicet ex lege conventus, *argument. l. unic. ff. de condict. ex lege*: præsides verò sive Rectores locorum dignitate suâ in perpetuum removentur, & ipso jure infamia notantur, quanquam Cujacius *ad. d. l. unic. C. ut nullus ex vicariis, &c.* etiam actionem illam in quadruplum (quam ipse vocat *actionem repetundarum*, nos *condictionem ex lege* appellare maluimus) famosam esse, & creditorem, ex eâ condemnatum, infamem fieri existimet: quod tamen disertè non dicit Imperator, sed hoc eum sensisse facilè credide-

rim. Nam si is qui ad alienum delictum connivet, cùm deberet in id animadvertere, infamia notatur: quantò magis ille notari debet, qui ipse delictum perpetrat. Tantum de Friderici constitutione, quoad hoc caput de pignorationibus in scholares non exercendis. Nam de cæteris studiosorum privilegiis hoc loco explicare, alienum foret.

16 Quod attinet † ad Decretalem Gregorij Decimi, qui centum annis post Fridericum I. vixit. *in d. cap. unic. de injur. in 6.* Pontifex specialiter vetat pignorationes concedi contra personas Ecclesiasticas, earumvè bona: idque sub pœna excommunicationis in singulos homines, vel interdicti Ecclesiastici, sive Banni, in universitatem. Additur exceptio: nisi intra mensem à tempore concessæ, vel extensæ pignorationis, revocata ab ipsis fuerit: ex quo intelligimus hîc locum esse pœnitentiæ, cujus, quando & quatenus habenda sit ratio in delictis, dicam brevi in explicatione nobilissimi illius rescripti Trajani contra Christianos, ad consultationem Plinij *lib. 10. Epistolarum.*

17 Moribus nostris † quid observetur circa pignorationes & repræsalias, peti potest ex Andr. Gail. *d. libro singulari de pignorationibus.*

18 De † Gallorum jure Marquæ (ita enim illi vocant pignorationes: à limitibus videlicet, quos & Germani vocamus Marck. quia in finibus, seu limitibus territoriorum maximè exercentur) videndus est Cujac. *ad d. l. unic. C. ut nullus ex vican.* ubi scribit Gallos hoc jure uti tantùm in exteros, & quidem non nisi permissu Regis: ut si Hispani diripuerint Gallo negotiatori suas merces, idem possit pari jure & quasi ex lege talionis, Hispanum quemlibet, in quem primum inciderit, diripere. Sed benè, quod hujus rei facultas à rege prius impetranda est. Nam neque bellum, nisi voluntate regis, suscipiendum est. Pignoratio autem est quædam species sive denunciatio belli: &, ut Livia-
19 no vocabulo utar, clarigatio. Idem † Cujac. *d. loco* laudat etiam leges Longobardorum & constitutiones Neopolitanas, quibus pignorationes, perinde ut jure civili, prohibeantur. Videri quoque potest Giphanius *in commentar. ad*
20 *d. Auth. Habita. C. ne filius pro patre*, ubi causam † sive culpam pignorationum subinde usurpatarum etiam contra tot legum interdicta, confert in multitudinem & confusionem jurisdictionum. Quæ sanè & alia non pauca nec parva incommoda in rempublicam Christianam invexit: Nisi quis non tàm illi, quàm hominum improbitati & pravis cupiditatibus, tàm pignorationes, quàm alia hujusmodi à jure exorbitantia, asscribere maluerit: Cum quo equidem non pugnabo.

CAP.

Digitized by Google

CAPUT VIII.

De Hypotheca Militiarum. ad Novell. 35 & 53. cap. 5. & Novel. 97. c. 4. & Auth. quod obtinet. C. de pignor.

SUMMARIA.

1. *Catalogus locorum Iuris, de Militiis.*
2. *Militiæ quid olim fuerint?*
3. *Militiæ quædam legari, ad heredes transferri, nec non vendi & oppignerari poterant: quædam non aquè.*
4. *Vtilitas hypotheca quam creditor in aliquâ militiâ habebat.*
5. *L. 5. c. qua res pign. obl. poss. conciliata. & cur commoda præmiorum ex certaminibus sacris percipiendorum pignorari non possint?*
6. *Commoda certaminum, in causam indicati, iure pignoris capi possunt.*
7. *Quid casus militiæ?*
8. *Quid Iustinianus de militiâ constituerit in Novel. 53. c. 5.?*
9. *Quid in Novellâ 97. cap. 4.?*
10. *Pacta & contractus regulariter etiam atque scriptura interventu valent?*
11. *Hypotheca specialis in mutuo ad comparandam militiam dato, sine scripturâ non consistit: licet ipsum mutuum valeat.*
12. *De militiis plura, remissivè.*
13. *Militiæ ex casu, malè; at casus militiæ, rectiùs dicuntur.*

QVM & in Novellis, & in Pandectis atque Codice aliquoties nominentur *Militiæ*: non possunt hîc earum explicationem planè prætermittere Videantur † in ff. hæc loca *l. 3. §. si quid minori. ff. de minor. 25. an. l. Lucius Titius 22. & l. mortuo bove 49. §. 1. ff. de leg. 2. l. fideicõmissa. 11. §. si servo. 16. ff. de legat. 3. l. pen. §. pen. & ult. eod. tit. de legat. 3. l. libertis. 18. §. ab heredibus. 2. ff. de alim. & cibar. legat.* In Codice videantur *l. 30. omnimodo, §. ult. de inoffic. test. l. ult. C. de pignor. vide Scip. Gentilem ibid. l. 5. C. qui milit. pos. lib. 12.* Erant † autem militiæ, in hac quidem significatione, officia eorum, qui in aliquâ scholâ inter statutos relati erant; unde salaria & commoda quædam consequebantur, ex Imperiali munificentia. Vide Cuiac. *in Comment. ad l. 3. §. si quid minori. ff. de minor. & ad l. ult. C. de proxim. sacror. scrinior. lib. 12.* & Brisson. *in Lexico litera M. sive lib. 12. de verb. signif. ut vulgò inscribitur.* v. g. talis erat militia silentiariorum, h. e. eorum qui per palatium sive consistorium principis imperabant silentium, maximè somnum capiente principe, ut indicat Claudianus *lib. 1. in Eutrop.* Videatur idem Cuiacius *ad l. 1. C. de silentiar. lib. 12.* Talis etiam erat militia adjutorum quæstoris Palatii, id est, Cancellarii: de quibus videri potest *Novel. 35. & ibi Cuiac.* Ab his militiis doctissimi quidam viri putârûnt fluxisse Feuda: ut Gregor. Haloander *in præfatione ad Novel. nostras, prope finem.* Poterant autem † hæ militiæ & legari aliis, & transmitti ad heredes, & vendi & comparari sive emi: ut ex suprà allegatis legibus videre licet. Quædam tamen vendi non poterant: ut patet *ex l. ult. C. de pignor.* Quæ vendi poterant, eædem etiam poterant pignori obligari: quæ non; nec hypothecæ obligari. Est enim regula: quæ res vendi potest, eadem quoque potest obligari pignori vel hypothecæ. *l. 9. sed & quod. §. 1. ff. de pignor. & l. unic. C. rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione.* Est autem † istius hypothecæ utilitas hæc: ut creditor cui aliqua militia est obligata, possit jure hypothecæ per actionem

1 2 3 4

Digitized by Google

quasi Servianam sive hypothecariam sibi vindicare commoda & annonas sive stipendia, quæ ex fisco percipere solet is, qui militiam habet, & hypothecæ obligavit. Cui † non obstat *l. 5. C. quæ res pign. obl. p-ff.* ubi Alexander prohibet pignorari spem sive commoda præmiorum ex certaminibus sacris percipiendorum. Respondendum enim hæc esse diversa. Et diversitatis ratio est, quia si præmia & commoda illa sacrorum certaminum v. g hodie das Ringestrennen/ obligentur & auferantur athletis certaturis: futurum est, ut elangueſcat & enerveturipsorum virtus: quum ali & conservari nutrimentis honorum, interest Reipublicæ: non idem est metuendum in militiis, de quibus hîc agimus. Etsi autem † illa commoda ludorum sive certaminum non possunt obligari conventione privatorum: tamen in causam judicati, jure pignoris capi possunt: *l. 40. commodis. ff. de re judic.*

7 A militia † descendit *casus militiæ*: ita vocabant id, quod mortuo milite heredes eius aut liberi, aut uxor à principe capiebant ex communi scholæ, id est, collegii militum in aulâ placito: unde etiam casus militiæ alibi vocatur *commune placitum scholæ militantium. l. ult. C. de pignor.* Cogebantur enim hæredes extranei, in quos translata esset militia pro introitu inferre 100. aureos sive solidos.

8 Jam constituit Imperator † *in d. Novell. 53. c. 5.* Jus repetitum *ex l. 11. si quis in sacris. C. de proxim. sacr. scrin. l. b. 12.* ut creditori qui obligatam habet militiam, cedat etiam casus militiæ, siquidé miles discesserit sine liberis & uxore. Quod si defunctus debitor relinquat liberos vel uxorem: hi ut creditori præferantur, non quidem hereditatis nomine, quippe cum etiam si hæredes non essent, tamen ista perciperent: sed titulo privilegii & liberalitatis Imperialis, quam Justinianus vocat *βασιλικὴν φιλοτιμίαν.* Exceptio additur ista: nisi militia ipsa fuerit comparata pecuniâ creditoris; tunc enim creditor uxori & liberis defuncti militis, debitoris sui, præfertur. *d. Novell. 53. c. 5.* cui simile est quod etiam aliàs creditor in hypotheca speciali, rei suâ pecuniâ comparatæ, omnibus aliis, licet antiquioribus creditoribus hypothecariis antefertur. *l. 7. licet. C. qui pot. in pig. hab.* Itẽ, qui ad refectionẽ seu reparationẽ alicuius rei credidit. *l. 5. interdũ*
9 *qui pot. in pig. junctâ l. 1. ff. in quib. causis pig. tacit. contr.* In posteriore verò † *Nov. 97. c. 4.* confirmat quidem Imperator idem jus creditoris, ut si in militiam comparandam crediderit, præferatur in ea omnibus creditoribus cæteris, atque etiam mulieri dotem suam repetenti: sed addit tunc demum hoc valere, si negotium gestum fuerit scripto, cui testes subscripserint: nam antea præferebatur creditor, quamvis scriptura non accessisset, dummodò aliter probare
10 posset veritatem rei gestæ, sive jus suum.

Hîc notandum est: † Regulariter valere & pacta & contractus, etiam absque scripturæ interventu. *l. 12. non ideo. C. famil. herc. sc. l. 17. pactis quod bona fide. C. de pact. l. 2. §. 1. in verb. neque scripturæ ulla proprietas desideratur. ff. de Obl. & Act. & §. 1. Inst. de obl. ex cons. ibi. neque scriptura omnimodò opus est. Item l. pen. ff. de fide instrument.* Quo modo neque matrimonium ad substantiam sibi requirit tabulas nuptiales, aut ullum instrumentum, sive testationem ullam sive literarum:

rum consignationem, sed etiam absque his benè constare potest; *l. 9. si vicinis C. de nuptiis. l. 31. donationes. in fin. pr. ff. de donation. l. 4 in fin. ff. de pignor. & l. 4. in f. ff. de fide instrumentorum.* Quædam † tamen sunt negotia, quæ omninò requirunt scripturam, eaque omissa non valent. His etiam annumerari debet *ex d. Novel. 97. c. 4.* istud mutuum datum alicui ad comparandam militiam cum pacto hypothecæ specialis: nam nisi interveniat scriptura à testibus subscripta; specialis illa hypotheca eam vim non habebit ut creditor in ea mulieri præferatur. Puto tamen ipsum mutuum nihilominùs valere, tanquam contractum principalem: hypothecam quoque tanquam accessorium quiddam valere, tàm quoad militem, quàm quoad alios creditores, ut illis præferatur. Soli mulieri non præferetur, ob defectum scripturæ à lege requisitæ. 11

Atque hæc de tribus istis *Novel. 35. 53. & 97.* dixisse sufficiat: quatenus ibi agitur de militiis, & de casu militiæ, pignori obligatis. De aliis enim illarum Novel. capitibus, quibus diversum continetur argumentum, commodiore erit alibi locus explicandi. 12

Plura verò † de militiis, & earum casu videri possunt apud Lælium Taurellum: cuius liber DE MILITIIS EX CASU coniungi solet cum Antonii Augustini emendationibus Juris: Item vide Cuiac. *ad d. l. & Novell. suprà nominatas*: denique Johan. Borcholt *in tractatu de feudis. cap. 2. n. 5. cum quinque seqq.* Sed † *militias ex casu* malè dici; & rectiùs *casu militiæ*: docuit primus Jacobus Cuiacius. 13

CAPUT IX.

De Usuris, in specie sic dictis. Ad Novell. 121 & Novell. 138. & Novel. 160.

SUMMARIA.

1 *Ratio connexionis.*
2 *Usura in fœnus & usuram specialiter dictam dividitur.*
3 *An fœnus & usura in Republ. benè constituta ferenda sint? remissivè.*
4 *Constitutiones Imp. Iustiniani de usuris, ad duo capita revocata.*
5 *De modo & quantitate legitima usuræ; secundùm varia tempora.*
6 *De usuris supra duplum, sive cum sortem æquaverint, non solvendis.*
7 *Ampliatio prima, in nautico fœnore.*
8 *Ampliatio altera, in retentione pignoris.*
9 *Particulares, & non suâ die factæ, usurarum solutiones, olim nō profecerunt reo ad computationem dupli: hodiè proficiunt.*
10 *Abrogatio legis 10. C de usuris, per Novel. 121. & 138. malè ab Authenticarum auctore omissa.*
11 *Ratio abrogationis illius à Baldvino adducta, haud idonea.*
12 *Exemplū elegans disceptationis in Nov. 121.*
13 *Novella 160. species.*
14 *Menandri dictum egregium, De legibus.*
15 *Annui reditus non finiuntur duplo, ut usuræ: sive: Exceptio prima ad regulam de usuris supra duplum non solvendis; in usuris Reipublicæ debitis.*
16 *Distinctio Iustiniani & aliorum, inter Reditum annuum & Usuram; reprehensa à Cuiacio.*
17 *Nov. 160. una ex ambitiosis Triboniani Novellis videri possit.*
18 *Nov. 160. in favorem Reipublicæ lata.*
19 *Nov. 160. exceptionem continet ad regulam in Nov. 121. & 138. propositam: secund Cuiac.*
20 *Altera exceptio; in usuris stipulatis promissis, ut quamdiu hæ solvantur, sors peti nè possit.*
21 *Tertia exceptio; in casu quo periculum sortis ad creditorem pertinet.*
22 *Plura de usuris, & quid moribus nostris in Camera & imperio observetur; remissivè.*

Inter

1 INter † accessoria contractuum, & aliarum quoque obligationum, non postremæ sunt usuræ. Sic enim definitur usura: quòd sit accessio ad sortem. *Cujac. in Paratitl.* Hac igitur occasione *sub hoc capite, & duob. seqq.* illas Novellas explicabimus, quæ agunt de usuris & fœ-
2 nore. Dividitur † enim usura generalis in fœnus & usuram in specie dictam: quæ duo quomodo differant, non est hujus loci pluribus explicare: ac videri potest Johan. Borcholt *in tractatu de usuris, sub cap. de divisione usurarum.* Porrò,
3 † an fœnus & usuræ in republicâ benè constitutâ ferendæ sint, à multis sæpe quæsitum & disputatum memini: ut videre est apud Hotoman. *in illustrib. quæstionib.* & Hieronym. Schurff. *in consiliis*, & Johan. Bodin. *lib. 5. de republ. c. 2.* & P. Gregor. *de repub.* & Octavian. Cacheranum, *decis. 137.* & apud Borcholtum *cap. 1. de usuris*, denique Franc. Junium *in Analytica explicatione Levitici*: ut nunc plures & Theologorum & Jurisconsultorum ac Politicorum commentarios sciés omittam. Nonnulla enim huc pertinentia tradidi etiam *in Differentiis utriusque juris lib. 4. cap. 10.* ut proinde hîc mihi tantò breviori esse liceat. Nemo autem (quod sciam) uberiùs & accuratiùs illam quæstionem examinavit, An & quatenus licitum sit usuras accipere; quàm Pet. Heigius *lib. 2. q 1.*

Ego hoc loco tantùm dicam, quid Justinianus de usuris constituerit novi. Hic enim Imperator & leges multas, & Novellas complures de usuris tulit:
4 quæ † ad duo capita ferè possunt revocari: quorum prius est de modo sive quantitate justæ & legitimæ usuræ, tàm in aliis, quàm in agricolis debitoribus: Alterum de extinguenda usurarum obligatione, cum ad duplum ascenderint, id
5 est cum æquaverint sortem. Ad † modum usurarum quod attinet; eum definivit Justinianus primò *in l. 26. cos. C. de usuris.* Deinde in Novellis etiam quibusdam. Sciendum est autem, In Repub. Romana circa hanc rem sæpè variatum fuisse. Nam ut ab antiquissimo jure ordiamur, lex XII. tabularum unciarium duntaxat fœnus permittebat: qua de re videantur collectores & expositores fragmentorum, quæ de XII. tabulis supersunt; inprimis Fr. Balduinus, & Hotomannus, ut & Oldendorpius. Deinde supervenit Senatusconsultum, quod etiam magis imminuit usurarum quantitatem: nam semunciarium tantùm fœnus exerceri voluit. Aliquando etiam planè prohibitum fuit Romæ fœnus & fœnerator eodem loco habebatur cum quadruplatore & fure, teste Catone Censorio *lib. 1. de re rustica.* Tandem receptum est, ut usuram accipere liceret centesimam, id est, quæ centesimo mense æquaret sortem: sive quando menstrua usura esset centesima pars sortis, hoc est, cùm in annum duodecim pro cétum præstantur. Quâ tamen usurâ licet gravissimâ, sæpè avaritia hominum non fuit contenta: maximè in provinciis: & ad duas centesimas ascendit, ut subinde ista licentia fuerit reprimenda per edicta proconsulum. Sed centesimis usuris etiam Christiani fuere usi, non minùs quàm pagani: ut apparet *ex l. 1. & 2. C. Th. de usur.* & ex Sidonio Apollinari *libro 4. Epistolarum.* Duravit hoc usque ad Justinianum qui tandem *in d. l. cos. 26. C. de usur.* minorem modum præscripsit, & quidem varium, pro varietate circumstantiarum, ut ex *d. legis* lectione cuivis patebit, adhibito etiam commentario Hotomanni & Giphanij; ut & Caroli Molin.

Digitized by Google

Molin. *in tract. de usur.* Multum enim referre arbitratus est Imperator, cùm de usuris quæritur, non solùm quis & cui crediderit, sed etiam quid creditum sit; pecuniáne, sive nummi, an aliæ res, oleum, vinum, frumentum, &c. deniq; quod periculum subeat creditor, vel non subeat: item, quæ sit conditio obligationis, & quæ mora: ut pulchrè demonstrat Balduinus *in Justin. pag. 80. & decem seqq.* Centesimas usuras Imperator reliquit in paucis casibus: v. g. in rebus judicatis. Nam si quis per sententiam jussus solvere, non solvat intra quatuor menses, qui judicatis dantur humanitatis causâ ad se recolligendum, & tantò commodius procurandam solutionem, quæ vocantur inducíæ quadrimestres *in l. ult. in pr. C. de usur. rei judic.* posteà cogitur solvere cum usuris centesimis. l. 2. *C. d. t.* ubi abrogat Imp. Justin. priscas leges, quæ duas centesimas damnatis inferebant. De agricolarum usuris quid constituerit Justinianus, infrà separatim dicam *ex Novel. 32. & duabus seqq.* ut etiam de fœnore nautico *ex Novell.* 106. & 110.

Nunc † de usuris supra duplùm non solvendis. Fuit autem etiam jure ve- 6
teri ante Iustin. constitutum, ut usuræ supra duplum non exigerentur, id est, ut deberi desinerent, cùm sortem æquavissent. *L. 26. si non sortem. §. 1. ff. de condict. indeb.* ubi jubentur usuræ supra duplum solutæ in sortem imputari, id est, ut eius quantitatem minuant. Quod ampliatur duobus modis: 1. ut † verum sit etiã 7
in fœnore nautico: sive vt nè quidem in pecunia trajectitia possit quicquam amplius exigi, posteaquã usura ad duplum ascenderit. *l. 4. §. pro operis. 1. ff. de nautic. fœnor.* cum tamen aliàs fœnus nauticum multa habeat singularia. 2. ut † ne 8
quidem per retentionem pignoris possint usuræ ultra duplum servari. *d. l. 4. in fin. pr. in verb. nec pignora vel hypothecæ titulo maioris usuræ tenebuntur.* facit eòdem *l. pen. §. 1. C. de usur. & l. 19. pretii. C. mãd.* cùm tamẽ aliàs multa servari possint jure retentionis, quæ non possemus consequi jure actionis. Exemplum est *in l. 4. & 22. pignoribus. C. de usur.* ubi usuræ in contractu stricti juris nudo pacto promissæ licet peti non possint, tamen retentione pignoris servari possunt. quo pertinet etiam *t. t. C. etiam ob Chirographar. pecun. pign. teneri.* Fuerunt autem veteres quædam leges, quæ jus retentionis hoc quoque casu in usuris duplum excedentibus permitterent, ut non obscurè indicat Imp. Justin. *in l. 27. de usuris. §. 1. C. de usur.* Sed nec illæ leges hodiè extãt, & sunt ibi per Justin. abrogatæ.

Jam oritur quæstio: † Quid ergo, si non semper suâ die (debito tempore) 9
usuræ fuerint solutæ, sed particulatim sive diversis temporibus: eruntnè illæ quoque computandæ ad duplum, sive proficientnè reo ad cõputationem dupli? Respondeo jure Codicis non proficiebant, ut est rescriptum ab Antonino, *in l. 10. usuræ. C. de usur.* per eam namque legem usuræ particulatim per diversa tempora solutæ, poterant excedere duplum. Sed jure Novellarum aliud cautum est: nempe ut proficere debeant. *d. Novel. 121.* cuius inscriptionem vetus interpres istam posuit: *ut particulares usurarum solutiones in duplum computentur*, videatur & *Novel. 138.* Cum igitur † ea *l. 10.* per *d. Novel. 121. & alteram* 10
138. sit hodiè abrogata: debuerat certè Irnerius, vel quisquis ille fuit, qui clausulas ex Novellis decerptas Codici inseruit, aliquam dictæ legi subijcere Au-

Digitized by Google

thenticam, ut aliâs solet, qua lector de mutatione huius juris admoneretur.

11 Rationem † mutati juris hanc adfert Balduinus *in Iustin. pag. 92 & seq.* ne melioris esset conditionis reliquator aliquis, qui particulatim solvit & tardiùs, quàm bonus & facilis debitor, qui suâ semper die pensionem intulit: vel meliori jure esset acerbus creditor, qui statim exigeret; quàm liberalis ac benignus, qui tàm avarè ac præcisè non egisset. Quod equidem quomodò huc quadret, aut Imperatorem impellere potuerit ad jus novum constituendum, non intelligo, cùm potius videatur convenire hæc ratio juri *in l. 10. C. de usur.* constituto.

12 Extat † autem *in d. Novel.* 121. elegans exemplum disceptationis inter Artemidorum creditorem, & nepotes ac heredes Demetrii cuiusdam, coram Imperatore habitæ: quod lectione tantum & examine privato indiget. Adhiberi quoque potest species facti, quam annotat Cuiacius *ad d. Novel.*

13 Transeamus † igitur ad *Novel.* 160. Occasio eius hæc fuit, quod quidam debitores Reipublicæ Aphrodisiensis cùm certam quantitatem auri, quam curatores Reipubl. ex legatis ei relictis redegerant, accepissent, eâ lege ut quamdiu id aurum penes se esset, annuatim aliquid pro eo dependerent civitati: hi, (inquam) debitores in abusum trahere voluerunt superiorem Novellam aliáque anteriora jura de usuris ultra duplum non solvendis: proindeque ipsi etiam putabant, se nihil amplius Reipubl. debere, postquam usuræ sortem æquassent.

14 Exemplum hîc habemus eius quod ait Menander: † *leges quidem esse rem oppido bonam; sed qui eas argutari, aut nimis acutis oculis intueri velit, hunc fieri calumniatorem & sycophantam.* Quocirca Imperator *in d. Novel.* 160.

15 pragmaticam formam promulgavit: qua † declarat differentiam esse magnam inter annuos reditus & usuras: nam has finiri duplo: illos autem non finiri. Quod autem de usuris est constitutum, id non esse etiam ad reditus annuos producendum: à separatis enim non benè infertur *l. 20. Papinianus. ff. de minor. & l. ult. ff. de calumniator.* Unde etiam Ulpianus aliique Jurisconsulti, sæpe in hæc verba erumpunt: *sed hæc diversa sunt, &c.* In summa igitur constituit Imperator hîc reditus annuos non desinere deberi, cùm ultra du-

16 plum ascenderint; sicut usurarum cursus tunc sistitur. Sed Cuiacius † reprehendit Imperatorem *ad eandem Novel.* 160. qui non rectè hîc habuerit pro reditu annuo, quod tamen verè judicantibus nihil aliud sit, quàm usura. Nam etiam reditus pecuniæ nihil aliud est, quàm usura. *l. 29. Titius ff. de præscrip. verb. & l. 30. alumnæ ff. de alimend. legat. in verb: interim tamen usuras, &c.* Reprehendit quoque ibidem illorum opinionem, qui putant modum rogandi facere discrimen inter usuram & reditum: v. g. si tu me rogaveris, ut sortem tibi darem mutuam, & promiseris te singulis mensibus certam summam pro ea mihi præstiturum; hanc esse usuram: contrà si ego te rogem, ut sortem à me accipias, mihique pro ea quotannis certam inferas pensionem, donec omnis sors persoluta ac reddita sit: hunc esse reditum annuum. Refellit enim hanc differentiam commentitiam, *l. 10 & 11. ff. de reb. cred.* ubi etiam posteriore hoc modo

17 contrahitur mutuum, & pecunia fœnori collocata. Quæ † cùm ita sint: putat Cuiacius, hanc quoque Novellam, unam esse ex numero ambitiosarũ Triboniani

boniani Novellarum, id est, quas in gratiam aliquorum, à quibus fortè munera acceperat promulgendas curavit, ut dicitur fuisse avarus & munerum amator maximus; *ut supra dixi in prolog.* Sed satis † indicat ipse Imperator, se hoc 18
tribuere favori Reipublicæ: ne illi legata sua depereant, nullivè sint usui: quod facilè contingeret, si hîc etiam, quemadmodum in usuris, duplo finirentur ac fisterentur annuorum redituum præstationes. Nec novum est in jure, ut plus juris tribuatur civitatibus, quàm privatis: v. g. ex pollicitatione obligatur quis civitati ad præstandam pecuniam, vel ad opus faciendum, quod ipsi promisit; *ut est in t. ff. de pollicitationibus*: cùm ex nudo pacto vel pollicitatione aliàs homini privato, nemo obligetur, nisi ex causa dotis; *ut est in t. C. de dotis promiss. & nud. pollicit.* Si igitur † reditus pecuniæ etiam usuris adnumeramus, ut vult Cuiacius, dicendum erit, *in Novel. 160.* adferri exceptionem à regulâ, quam tradidit *Novel. 121.* & confirmavit *Novel. 138.* Huic † & alterâ ad- 20
dimus exceptionem, autore Balduino *pag. 94. in Justin. ex l. 4. §. ult. ff. de pact.* Nam si cui ita stipulanti promittantur usuræ, ut quamdiu hæ solvantur, sors peti non possit: hoc casu videntur usuræ ultra duplum quoque currere. Quod existimo fieri vi pacti & stipulationis. Sed obstare videtur, quod adversus leges & constituta pacta fieri non possint; nullamque vim habeant. *l. 6. C. de pact. cum similibus.* hac enim ratione facilimè eluderetur totum jus, quod de usuris supra duplum non producendis constitutum est. Respondeo æquitatem naturalem hoc efficere, ut valeat tale pactum, & isto casu debeantur usuræ etiam supra duplum: quia creditor quamdiu sibi solvuntur usuræ non potest sortem repetere; submovebitur enim exceptione pacti vel doli. Iniquum autem foret vel creditori sterilem esse suam pecuniam apud alterum, vel debitorem ex alterius pecuniâ suum comparare commodum, atque ita locupletari cum alterius jacturâ. *l. nam hoc natura. ff. de condict. indebit. cum similib.*

Tertia † quoque exceptio addi potest ex Cuiacio *inf. d. Novel. 160.* nempe 21
quando periculum sortis spectat ad creditorem, qui rogavit debitorem, ut eam sub usuris acciperet: nam tunc quoque usuræ supra duplum deberi possunt: *arg. l. 5. periculi pretium. ff. de nautic. fener.*

Plura † de usuris aliunde petantur, & inprimis à Giphanio *ad l. 26. & ult. C.* 22
de usur. ubi etiam de moribus nostris, quid observetur in Camera & Imperio, annotat: nempe de Usuris jus non reddi, sed de eo quod interest. Videantur etiam Recessus Imperi, *sub tit.* Von Wucherlichen Contracten.

CAPUT X.

De Agricolarum Usuris & Antichresi. Ad Novell. 32. & duas sequentes, junctâ Auth. ad hæc qui fructus. C. de Usuris.

SUMMARIA.

1 *Privilegia agricolarum: etiam circa usuras, & antichresin.*
2 *Propositio & partitio capitis.*
3 *Quis sit legitimus usurarum modus in personis agricolarum? per distinctionem.*
4 *Casus prior, in pecuniâ creditâ.*
5 *Trientes usuræ quid & quare ita dicantur?*
6 *Quid solidus sive aureus?*
7 *Quid siliqua?* (datis.
8 *Posterior casus, in fructib. aut frugib. mutuis*

Digitized by Google

9 *Ratio differentia prima.*
10 *Incertitudo fructuum, ex duplici causa.*
11 *Altera ratio differentia.*
12 *Singularia alia ob incertitudinem fructuum recepta.*
13 *Fructibus mutuis datis nullum est discrimen inter creditores & debitores: secus quàm pecuniâ mutuâ datâ.*
14 *Molinæi emendatio l.26. C. de Vsuris, reiecta.*
15 *Transitio ad secundum capitis membrum, de Antichresi.*
16 *Antichresis quid sit?*
17 *Differentia inter usuram & antichresin*
18 *Prima differentia.*
19 *Secunda differentia.*
20 *Tertia differentia.*
21 *Quarta differentia.*
22 *Cur usura contra agricolas permissa; antichresis prohibita?*
23 *De differentiis hisce, remissiv.*
24 *Antichresis stulta est, cùm fructus prædiorũ multò sunt maiores fœnore debito.*
25 *Pignus quoddam mixtum, quod partim antichresis, partim simplex pignus.*
26 *Sanctio, sive pœna in violatores harum constitutionum sancita.*
27 *Pœna prima, communis paganis & militib.*
28 *Pœna secunda, militum propria.*
29 *Pœna hæc militum, malè in Authent. Adhac C. de usuris, omissa.*
30 *Grauior pœna militi quàm paganis irrogari solita.*
31 *Milites non dicuntur persona priuata, secundum Bartolum.*
32 *Moribus nostris sæpè malè obseruantur hæ constitutiones Iustinian.*
33 *Novella 32. epitome, auctore Iuliano.*

---

11 VT alia † in jure non pauca sunt constituta in favorem agricolarum, (v.g. quòd leges vetãt pignori capi, vel aratrum, vel quid aliud, ad agriculturam pertinens, puta servos, aut boves aratorios, equos, &c. *l.7. executores, & l.8. pignorum. C. quæres pign. obl. poss. vel non. & Quintilia. lib. 8. c. 9.* qua in re Romani Græcorum instituta, sicut aliis multis in rebus, incitati videntur, cùm & Græcorum legislatores libertati instrumentorũ rusticorũ, diligenter prospexerint, teste Diodoro Siculo *lib. 2. Bibliothecæ Historicæ*: quò pertinet etiam constitutio Friderici Imp. *de statutis & consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis*, unde sumpta est *Auth. agricultores. C. quæ res pign. obl. pos.* ubi qui vel personas agricolarũ, vel boves, vel agrorum instrumenta, vel aliud quid ad operam rusticã pertinens, invaserit vel cęperit, vel abstulerit, tenetur in quadruplũ ablata restituere, cum notâ infamiæ & animadversione imperiali (sive pœnâ arbitrariâ.) ita etiam circa mutuũ ipsis datum, & usuras, quas ab iisdem stipulatur creditor; & circa antichresin, hoc est, mutuum pignoris usum, loco usurarũ, peculiaria quædam sunt considerandæ: quibus hæ tres Novellæ, in
12 capitis huius inscriptione positæ, agunt. Dicam † priùs de usuris: posteà de antichresi. Illæ namq; sunt permissæ etiam in mutuo agricolis dato ad certum tamen modũ & cum distinctione inferiùs explicandis: hæc verò est interdicta.

3 Cum ergò quæritur; † *ad quem usq; modum liceat usuras ab agricolis stipulari?* sive, *quæ sint legitimæ usuræ in personis agricolarum?* ita oportet distinguere ut sequitur. Aut pecuniã quis credit agricolæ, aut frumentũ, vinũ, oleũ, & similes fructus, vel fruges, quæ & species appellantur, cùm alibi, tùm *in l. eos. 26. C. de usur.* Priore † casu, usuras tantùm trientes accipere permissum est: gravio-
4 res ab agricola stipulari aut petere non licet. Ratio huius constitutionis est favor agricolarum, qui magnus est in jure, nec permittit nimium gravari miseros agricolas. Durum à stirpe genus, qui pecuniis tantum lucrum facere non possunt,

Digitized by Google

ſunt, ut uſurarum oneribus gravioribus pares ſint. Trientes † uſuræ dicun- 5
tur ratione aſſis, qui duodecim continet uncias, quando videlicet pro cen-
tum, annuatim dantur quatuor: hæc enim eſt tertia pars aſſis, ſive duodena-
rii, tam in materia uſurarum quàm in hæredum inſtitutione. Aliis verbis uſu-
ra triens ſic effertur etiam: quando in ſingulos ſolidos quotannis una ſiliqua
penditur: Item, quando in centenos ſolidos quotannis dantur quatuor ſoli-
di & quatuor ſiliquæ. Eſt autem † ſolidus ſive aureus, ſeptuageſima ſecunda 6
pars libræ auri: & † ſiliqua, quæ eſt ſpecies ponderis, eſt viceſima quar- 7
ta pars ſolidi, teſte Priſciano *in libello de Ponderibus*: Item, Beda
Anglo *lib. de natura rerum cap. 4* & Iſidoro, *lib. 16. Etymolog. cap. 24.* Poſteriore
caſu, † id eſt, ſi mutuo datum ſit frumentum, vel aliud genus fructuum aut 8
frugum (ſive liquidi ſint fructus, ſive aridi nihil intereſt) poteſt creditor ab Agricola ſtipulari uſuram centeſimam, hoc eſt, in ſingulos modios frumenti octavam partem, ſive duos ſextarios. Fructus aridi vocantur, frumentum, hordeum, triticum, piſum, eruum aliaque legumina: Liquidi ſunt, ut vinum, oleum, acetum, &c quorum etiam menſuræ ſunt diverſæ, de quibus videndi ſunt, qui ex profeſſo ſcripſerunt. Olim frugibus mutuo datis, licebat quatuor centeſimas ſtipulari, vel dimidiam frugum partem. *l. 1. C. Theodoſ. de uſur.* quod cùm nimium eſſe animadverteret Juſtinianus, quo prægravaretur atque exhauriretur debitor: revocavit rem ad illum, quem dixi, modum.

Ratio † differentiæ, inter mutuum pecuniæ & mutuum fructuum vel fru- 9
gum, cur, inquam in hoc majores permittantur uſuræ, quàm in illo: poſita eſt in fructuum in certitudine, *l. 24. Oleo. C. de uſur.* qui vocatur incertus fructuum eventus *in l. 17. eiusdem tit.* cùm pecuniæ certa & ferè eadem ſit æſtimatio, *l. 3 ff. de eo quod certo loco, & l. 1. ff. de contrah. empt.* Illa † incertitudo fructuum duplex 10
eſt: primum in proventu, ſecundo in pretio: non ſolum enim diverſis annis diverſi ſunt proventus frugum: dùm annorum alii ſunt ſteriles, alii fertiles, qua de re elegans eſt locus apud Ariſtotelem *in fin. 2. Rhetoricorum.* Utrùm etiam pretia rerum variant, ut aliàs docui ex Plinii naturali hiſtoria, *ad §. ſi quis agens, verſ. loco. Inſt. de actionib.* Ex quibus apparet creditorem hîc quodammodo ſubire periculum crediti, ut proinde non ſit iniquum plus etiam ipſi indulgeri hoc caſu ad illius penſationem. Deinde † accedit, quod etiam debitor hîc majora ha- 11
bet commoda, quàm in pecuniâ mutuo acceptâ; ex quâ, ut ſuprà dixi, tantum lucri percipere non poteſt, verbi gratia: primò, quod ex ſeminibus terræ mandatis agricola uberrimum percipere fructum poteſt, & gratus ager majori cum fœnore accepta reddit. Secundo quod poteſt agricola debitori reddere tale mutuum eo tempore, quo pretium frugum valdè eſt imminutum, & annona vilis. In uno igitur vel potius in duobus relevatus, etiamſi in altero gravetur, nihil admodum habet, quod conqueratur. Propter † illam verò incertitudinem 12
fructuum, alia quoque in jure ſingularia ſunt recepta: verbi gratia, quòd antichreſis poteſt excedere modum uſurarum. *l. 17. ſi ea lege. C. de uſur.* Item quòd fructuum uſuræ etiam ex nudo pacto debeantur: ut eſt in *l. 12. frumenti. C. de uſur.* cùm uſuræ fœnebris pecuniæ, id eſt, mutuo datæ ſub fœnore, non poſſint

peti citra vinculum ſtipulationis *l.3.quamvis,& l ſeqq.cum l.22 pignoribus. C. de uſur.* Item ut jure quoque Pontificio contractus, qui alioquin futurus eſſet uſurarius, non videatur uſurarius *cap.in civitate.& cap.ult.ext. de uſur. lib.5. Decretalium.*

Ex his quæ dixi, intelligimus, † in fructibus mutuo datis, nullum eſſe diſ-
13 crimen inter creditores & debitores (nam indiſtinctè uſura Centeſima hic locum habet, qualiscunque ſit perſona debitoris aut creditoris) in pecuniæ verò mutuo datæ uſuris, multum intereſſe, quis, & cui eam crediderit. Nam ſi debitor ſit agricola; non ultra trientes uſuras ſtipulari licet: ſi non ſit agricola, majores uſuræ admittuntur, nunc quincunces, nunc ſemiſſos, nunc beſſes; prout: ſunt diſcrimina creditorum ut docet Imp. *in l.26.eos. C. de uſur.* Quod autem
14 † Carol. Molinæus *in tractatu de commerciis & uſuris* (cui recentiores typographi nomen præſcripſerunt Gaſparis Caballini, quia nomen Molinæi eſt exoſum Pontificiis, ut hæretici) *in Nov.32.& 34.* pro *octava* putat legendum *vigeſimaquarta*, de qua ſua reſtitutione veræ, ut putat, lectionis, glorioſè admodum & magnificè ſe jactat: non eſt admittendum ſed potius uſitata lectio retinenda, ut oſtendunt invictis argumentis Franc. Balduinus *in Inſtit. p.15.* & Anton. Contius *lib.2 lect. ſubſecivarum cap 2* denique Gyphan. *ad l. uſ. 26 C. de uſur.* Quanquam in Contio & Balduino mihi non probantur ipſorum cavilli, quibus ſe mutuò proſcindunt ac ſuggillant quod indignum eſt viris doctis: ſed hi quoque ſæpè aliquid humani patiuntur. Sed hæc obiter.

15 Dixi † de uſuris agricolarum, quas pendant vel pecuniâ creditâ, vel frugibus mutuo datis. Priusquam autem de Sanctione, id eſt, pœnæ irrogatione aliquid addam, pauca præmittam de Antichreſi. Non repetam hîc, quæ aliàs de Antichreſi tradidi *in differentiis juris civilis, & Canonici l.b 3. cap 7.* Antichre-
16 ſis † autem nihil eſt aliud quàm, ut ipſum nomen indicat, mutuus uſus pignoris, quem debitor conceſſit creditori ut pignore uteretur frueretur, in vicem uſurarum: ſive cùm quis fructus percipit in uſuras, verbi gratia, do tibi pignori meam domum, hac lege ſeu pactione, ut vice uſurarum eam inhabites: item do tibi pignori poſſeſſionem ſive agrum meum, ea lege, ut fructus inde perceptos facias tuos, in vicem uſurarum: quos fructus abſque conventione tali debuiſſes in ſortem imputare, ad eam videlicet minuendam. De his exemplis Antichreſis vide *l.14.ſi ea pactione.& l.17.ſi ea lege. C. de uſur. & l.6.ſi ſervus tuus. C. quod cum eo qui in aliena poteſtate. l.11.ſi is, qui bona. §.1. ff. de pignor. l.33.ſi pecuniam ff. de pignor act.* Etſi † igitur ex pacto pignori adjecto fructus inde loco uſu-
17 rarum percipiuntur à creditore tamen uſura & Antichreſis multipliciter dif-
18 ferunt: & primùm † quidem quo ad modum conſtituendi: nam antichreſis conſtituitur nudo pacto *l.14.ſi ea pactione. C de uſur. cum ſimilibus* (verbi gratia, *l.17.eod.*) uſuræ vero per ſtipulationem *l.3. C. de uſuris.* In contractibus, inquam, ſtricti juris, quale conſtat eſſe mutuum, ſed in bonæ fidei contractibus uſuræ
19 etiam ex pacto debentur: ut alibi latiùs explicatur. Secundò † differunt, quoad quantitatem. Uſurarum enim certa & finita eſt quantitas, quam non liceat excedere. *l.26. C. de uſuris. l. improbum fœnus. 28. c. ex quibus cauſis infam. irreg.*

Anti-

Digitized by Google

Antichresis verò definitam quantitatem non habet, quia incertus est fructuum proventus, ideoque excedere potest legitimum modum usurarum. *l. 17. si ea lege. C. de usur.* Tertiò † differunt modo finiendi: Antichresis finitur nuda & sola oblatione sortis creditori facta à debitore. *l. 11. expradiis. C. de usur.* sed usuræ ita non sistuntur, quin potiùs obsignatione etiam, ac depositione pecuniæ debitæ opus est. *l. 19. acceptam. C. de usur. l. 9. obsignatione. & ibi Donell. C. de solutionibus.* Quartò, † differunt, quòd ab agricola licet stipulari usuras, *ut suprà audivimus hoc capite*: Antichresin verò ab eodem paciscì non licet. *Novell. 32. & 34.* ubi non quidem nominatur expressè Antichresis, sed tamen doctissimi interpretes de Antichresi eas accipiunt, in verb. *terram penes se detinere*: & in verbis: *nemine penitus eorum audente terrulas detinere, sub occasione fœneratitiæ cautionis.* vide Cujac. *h. ad Nov. 32.* & Balduin. *in Justin. p. 18.* Ratio † differentiæ, quare usura contra agricolas permissa, antichresis verò sit prohibita, mihi ista videtur, quia usura relinquit agricolæ aliquos fructus & facultates, sive ut Germanicè loquar, Sie lasst jhn beym Brot bleiben: Antichresis verò omnes fructus rei aufert, & ad alium transfert. Quò pertinet, quod scribit Balduinus *d. loco*: qualis & quàm infelix esset conditio agricolæ, si suum agellum alteri coleret, vel alteri colendum daret, & quàm valdè tota agricultura perturbaretur hac ratione; prudentes facilè providere possunt. De differentiis † hisce, vide etiam Johan. Borchold *in tractatu de usur.* & Cujac. *ad d. Nov. 32.* quem locum Cujacii Mynsingerus quoque laudat *centuria 6. observ. 71.* ubi etiam remittit lectorem ad Fr. Balduini tractatum *de pignoribus cap. 16.* item ad commentarium Caroli Molinæi *de commerc. & usuris.* Est autem memorabile, quod Balduinus *propè finem d. capitis 16.* observavit, † stultam esse Antichresin eo casu quo fructus prædiorum, multò sint majores fœnore debito: qualis stulticiæ affines quosdam ex sociis Catilinæ fuisse testatur Cicero *in 2 Catilinar.* qui ære alieno obruti, cùm haberent tamen possessiones aliquas satis fructuosas, nihil ex his vendere volebant ad dissolvendum æs alienum, sed cum usuris certabant fructibus prædiorum. Deinde † idem Balduinus observat, dari alioquin pignus quoddam mixtum, quod scilicet partim sit antichresis: partim naturam habeat simplicis pignoris. Exemplum est *in Nov. 120.* ubi Ecclesia debitrix creditori suo dat pignus, ea lege ut fructus inde perceptos, partim in usuras quadrantes (id est, Drey vom hundert) imputent partim in sortem.

Sequitur † postremò, ut videamus de sanctione, hoc est, quam pœnam irrogarit Justinianus harum constitutionum suarum violatoribus. Pœna hæc est: 1. † ut creditor qui contra hæc aliquid ausus fuerit, ab actione sive exactione sua cadat: id est, ut jus crediti amittat. Ubi quæritur, an hoc fiat ipso jure an opus sit sententia? Prius videbatur dicendum propter particulam *omnimodò*, qua utitur *Auth. ad hæc C. de usur.* Atque ita sensit gl. *hîc, in verbis. cadent. Novell. 34.* & probavit Jacob de Belviso, teste Bartolo: verius tamen puto opus esse sententiâ: quod voluit gl. alia *in d. Auth. ad hæc.* Secundò, † præter hanc pœnam, quæ communis est paganis cum militibus, alia quoque est militum propria: nempe privatio cinguli, hoc est, ex autoratio, sive ademptio dignitatis militaris, *Nov.*

35. Quæ

29 33. Quæ clauſula † de pœna militum non debuit omitti ab autore *d. Auth. ad' hæc* C. *de uſur.* Militare eſt dignitas quædam, eaque ſe indignos reddiderunt,
30 qui adverſus legum interdicta commiſerunt. Sic & aliàs in jure ob idem delictum gravior pœna irrogatur militi quàm pagano. *l. 14. quædam delicta. ff. de*
31 *pœn. l. 6. omne delictum. ff. de re milit.* Notat hîc Bartolus, † milites non dici perſonas privatas, quia Imperator milites & privatos *in d. Nov. 33.* inter ſe opponit. Sed uſitatior eſt aliàs oppoſitio militum & paganorum. *§. Illis autem temporibus. Inſtit. de milit. teſt. & l. 38. quod dicitur. in fin. ff. de teſtamento milit.* privatis autem opponi ſolent magiſtratus, jam verò certum eſt paucos ex militibus ad magiſtratus pervenire. vel magiſtratus fieri.

32 Illud † ad extremum diſſimulare non debeo de noſtris moribus: nempe hasce ſaluberrimas & magna ſapientia excogitatas Juſtiniani conſtitutiones, ſæpè malè obſervari, cùm inſigni detrimento rei ruſticæ, imò etiam boni publici: cùm tamen Imp. has conſtitutiones ab humanitate & pietate commendet. Conſtat enim hodiè à ruſticis perinde ut ab aliis exigi ſolere uſuras quincunces, vel etiam ſemiſſes, quod eſt contra hanc Juſtiniani Novellam. Quam
33 † ſic in Epitomen contraxit Julianus: *ſi quis ruſtico mutuaverit, terram eius in pignus accipere non audeat; uſuram autem ſumere eum æquum eſt; ſiquidem aridos fructus mutuabit octavam: ſin autem ſolidos mutuaverit, ſiliquam annuam per ſingulos aureos capiat, donec ſcilicet totum quod debetur fuerit à debitore ſolutum.* Titulum autem hunc præpoſuit, *de pignoribus, & uſuris dandis propter res ruſticis mutuatas.*

CAP. XI.

De Nautico fœnore. Ad Nov. 106 & 110.

SUMMARIA.

1 *Ratio connexionis.*
2 *Diſcrimen inter mutuum ſimplex, & traiectitiam ſeu nauticam pecuniam.*
3 *Fœnus nauticum, aliud propriè dictum, aliud improprium.*
4 *Fœnoris nautici, ſive uſurarum maritimarũ, in ſingularia præ terreſtri fœnore.*
5 *Nautica uſura olim infinita.*
6 *Nautica uſura à Juſtiniano ad centeſimam revocata per l. 26. C. de uſuris.*
7 *L. 26 C. de uſuris per Novell. 106. immutata, & per Nov. 110. reſtituta; abrogatâ d. Novellâ 106.*
8 *Iuliani epitomatoris verba de duabus illis Novellis, 106. & 110.*
9 *Ex Novell. 106. rectè nulla authentica Codici inſerta.*

1 FOenus † aliud eſt terreſtre ſeu terrenum aliud nauticum: quæ & *uſuræ maritimæ* alio nomine dicuntur, à Paulo *in l. 6. ff. de naut. fœn.* quia ſcilicet penduntur de pecunia quæ trans mare navigat, vocaturque nunc *trajectitia*, nunc *nautica pecunia. l. 1. 2. 3. 4. 6. 7. 8. & 9. ff. de nautic. fœnor.* Item *l. 1. & ult. C. eod. t. l. 23. trajectitiæ ff. de Obl. & Act.* Poſteaquam igitur cognovimus de legitimâ quantitate uſuræ terreſtris ex jure Juſtinianeo, tàm in agricolis, quàm in aliis: proximum nunc eſt, ut etiam de legitimo modo fœnoris

fœnoris nautici videamus, quod datur si pecunia trajectitia, sive nautica fuerit credita.

Præmittendum est autem † hoc discrimen: quòd in mutuo vulgari, peri- 2
culum pertineat ad debitorem, non ad creditorem. Etiamsi enim nummi, quos mutuo accepit, perierint fortè incendio, naufragio, aut alio quopiam casu, non propterea ab obligatione liberatur debitor. *l. 11, incendium. C. si cert. pet. & ibi Dd. & l. fin. C. de nautic. fœn.* Sed in pecunia trajectitia sive nautica, periculum huius mutui spectat ad creditorem, ex pacto videlicet seu cõventione, qua se obstrinxit, sive id in se recepit creditor. Hoc autem fit tribus potissimum modis: vel in perpetuum, hoc est, quamdiu navis navigabit: vel ad certum ac præstitutum tempus: vel denique sub conditione. *l. 4. & l. 6. ff. d. t. de naut. fœn.* Discusso autem periculo non amplius debentur usuræ maritimæ, sed legitimæ. *l. 4. ff. de nautic. fœn.* Deinde † hoc quoque præmittendum, aliud esse fœnus nauti- 3
cum propriè dictum, aliud improprium, de quo agitur in *l. 5. periculi pretium. ff. d. t.* Tertiò † præmittendum usuras maritimas habere quædam singularia 4
præ terrestri fœnore: ut 1. quod illæ etiam ex nudo pacto debeantur in mutuo, & exigi possint. *d. l. 5. §. 1.* ubi ait Scævola: *in his omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest. Ad augendam obligationem*, intellige, per accessionem usurarum, cùm aliàs usuræ ex pacto in mutuo non possint peti, sed opus sit vinculo stipulationis ut exigi possint. *l. 3. C. de usur. l. 24. Titius. ff. de præscriptis verbis, Paul. lib. 2. sentent. tit. 14.* Secundò hoc singulare habent usuræ maritimæ, quod multò majores esse possunt quàm terrestres. Ratio est, ut creditor qui hîc pecuniæ creditæ periculum in se recipit habeat illius periculi quandã compensationem: quod *periculi pretium* eleganter vocat Scævola *in d. l. 5.* sicut aliàs Latini dicunt *operæ pretium*. Et olim † quidem ante Justinianum hoc 5
casu plànè libera erat usura, nec ullis terminis circumscripta: licebat enim creditori quantascunque vellet usuras pacisci vel stipulari, quia scilicet ipsemet optimè videbatur intelligere magnitudinẽ periculi, quod subiisset: quod satis apertè indicat Paulus *d. loco in sententiis*, his verbis: *Trajectitia pecunia propter periculum creditoris quam diu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*; vel, ut Sichardus legit, *Capere potest*. ubi Cujac. hanc adjecit interpretationem: *usura nautica est infinita. Est enim pensatio suscepti periculi*. Sed & Justinianus *in d. l. 26. eos. C. de usur.* significat veteribus legibus concessum fuisse in trajectitiis contractibus centesimam usuram excedere: quo etiam pertinet, quod ex Papiniano *in l. 4. ff. de nautic. fœn.* colligimus hoc fœnus fuisse majus legitima usura. Justinianus † autem sicut usuras terrestres imminuit ita etiam fœnus nauticum 6
ad quantitatem centesimæ usuræ revocavit, & prohibuit ne hanc excederet. *d. l. eos. 26. C. de usur.* visum enim est ipsi hoc sufficere ad pensandum creditoris periculum, si centesimas usuras consequeretur. Atque hæc quidem omnia ante Novellas de quibus nunc restat videre.

Igitur † *in Nov. 106.* Imperator approbat quasdã conventiones usu receptas 7
in fœnore nautico, quibus contrahentes excedebant usuram cẽtesimam: quod erat contra constitutionem ipsius *in d. l. 26. C. de usur.* Jam quales illæ fuerint pa-

ctiones, satis liquet, ex ipsa Novellæ lectione, & ex iis quæ pro expositione ipsius affert Cujacius. Tantò enim minùs hodiè nobis de his laborandum est, quòd posteriore *Nov. 110.* eandem *Nov. 106* abrogarit Imperator, & redierit *ad d. l. eos. 26. C. de usur.* nempe ut nullo modo liceret centesimam excedere, ne quidem in pecuniis nauticis. Usque adeò sibi in hoc genere constare Imperator non potuit: ut exclamat Balduinus *in Justiniano pag. 90.* Sed Imperatorem nonnihil excusare potest ipsa inconstantia rerum humanarum, & casuum varietas: Est enim quasi quidam Euripus, id est, fluxus & refluxus, ut suprà ostendi *in prolegom. ad Novellas.*

8 Adscribam † ad extremum verba Epitomatoris Juliani de his duabus Novellis. De priore igitur, ita scribit: *Ista constitutio de nautico fœnore loquitur, & est pro non scripta, quia ab alia posteriore constitutione* (intellige Novel 110.) *penitùs deleta est, quasi nec scripta nec promulgata fuisset.* De altera hæc sunt ejusdem Juliani verba: *Hæc constitutio tollit priorem constitutionem quæ de nautico fœnore posita est per Innovationem, ut sic accipiatur, quasi omnino nec scripta nec posita esset:* & hoc illud continet.

9 Ex his obiter intelligimus; rectè fecisse † Irnerium, quod nullam auth. in Codice sub tit. *de nautico fœnore*, vel sub tit. *de usuris*, posuerit ex *Nov. 106.* cùm pro non scripta illam habuerit.

CAP. XII.

Adhuc de usuris. Ad Nov. 131. c. 11. & ad Nov. 136. c. 5.

SUMMARIA.

1. *Locus Nov. 131. cap. 11. de usuris & fructibus ob moram in legato Ecclesiæ solvendo præstandis.*
2. *Locus Novell. 136. cap. 5. de usuris argentariorum.*
3. *Argentariorum publica est utilitas.*
4. *Quanæ usuræ argentariis debeantur.*
5. *Ex pacto quoque argentariis usuræ debentur.*
6. *Argentarius qui nullam de usuris mentionem fecit, gratuitam pecuniam dedisse videtur.*

1 RElant de usuris duo etiam loca in Novellis, breviter tantùm attingenda. Unus † est in *Nov. 131.* ubi agitur de hærede, vel legato relicto ad pias causas, puta ad redemptionem captivorum, vel alimenta pauperum, &c. Constituit ibi Justin. ut si is à quo tale quid relictum est, spreta admonitione ab Episcopo loci, vel ab Oeconomo Ecclesiæ semel atque iterùm per publicas personas facta, distulerit illud adimplere sive præstare, Episcopus possit omnes res ita piis causis distributas, vindicare cum fructibus, & augmentis medii temporis, unà cum omni lucro, quod moratori huic relictum erat. Qui locus simul etiam pertinet ad titulum *de legatis*, Item *de usuris & fructibus legatorum seu fideicommissorum.* Ratio hujus juris est partim favor ultimæ voluntatis, maximeque piæ causæ: partim odium istius moratoris seu frustratoris, qui tali pœna dignissimus est.

2 Alter † locus sub. h. capite explicandus est *in Nov. 136. c. 5.* ubi agitur de usuris ar-

ris argentariorum, ſicut tota illa Novella eſt de contractibus argentariorum: qui etiam dicuntur alio nomine *numularii*, item *menſularii*, & *trapezitæ* à menſis videlicet, quas ad forum habere ſolent operam dantes contrahentibus quibus ſæpè numos perærogant ad expediendas res ſuas. Eſt enim † argentariorum publica utilitas, unde ait Imperator *in fin. cap. 2. ead. Nov.* ipſos exhibere communem utilitatem in contractibus, dum multis ſe periculis immiſceant, ut ingruentibus aliorum neceſſitatibus medeantur. Quod pertinet ad declarandam *l. 10. argentarius §. 1. ff. de edendo* ubi inquit Cajus, officium eorum atque miniſterium publicam habere cauſam (per conſequentiam ſcilicet.) Uſuras † autem argentarij aut certas paciſcuntur, aut nullas certas, ſed tantum indefinitè ſcribitur in inſtrumento, quod fœneratitium fuerit mutuum. Priore caſu, ſi, inquam, certas pepigerint uſuras præſtabuntur pactæ & conventæ (intellige dummodò non exceſſerint paciſcendo legitimum modum.) Poſteriore beſſes debebuntur, idque ex præſumptione: quia ſcilicet hoc tacitè actum videtur, eo ipſo, quod ſcriptum eſt, creditum eſſe fœneratitium; actum, inquam, ut præſtentur uſuræ beſſes. hæ enim ſolent negotiatoribus deberi, ut eſt *in l. 26. C. de uſur.* In contrahendo autem quod actum eſt, ſcilicet tacitè, pro cauto & nuncupato (ſcilicet expreſsè) habetur *arg. l. 3. ff. de reb. cred. & arg. l. 31. quod nolit. §. 20. quia aſſidua ff. de ædilit. edict.* Præterea † ex hac eadem Novella obſervandum eſt, argentariis deberi uſuras etiam ex nudo pacto: cùm aliàs in mutuo ut uſuræ debeantur & peti poſſint, opus ſit ſtipulatione *l. 3. c. de uſur.* Poſtremò quæri poſſe videtur, quid juris ſit, ſi argentarius neque certas pactus ſit uſuras, neque indefinitè ſcribi curaverit, mutuum ſe dediſſe fœneratitium: an & quænam hoc caſu debeantur uſuræ? Et puto verius eſſe, nullas deberi, ſed mutuum potius gratuitum eſſe: quod tamen propter hominum avaritiam & cautionem videtur rariùs accidere.

1
2
3
4
5
6

CAP. XIII.

De commerciis & mercatoribus. Ad Nov. 122. & ad Edictum Juſtiniani ſextum.

SUMMARIA.

1 *Ratio connexionis.*
2 *Inſcriptio Nov.* 122.
3 *Occaſio & ſcopus ejusdem.*
4 *Prima Novella* 122. *pars.*
5 *Secunda pars.*
6 *Tertia pars.*
7 *Quarta pars.*
8 *Quinta pars.*
9 *Moribus noſtris hæc conſtitutio negligitur, ſed in uſum revocanda eſſet.*
10 *Nov.* 122 *non omnino verſatis, ſed certis locis fuiſſe videtur.*
11 *Vetus mos obſervandus.*
12 *Agylæi interpretatio reprehenſa.*
13 *Methodus quid ſit Juſtiniano, quid aliis?*

RECTÈ † hanc quoque Novellam referemus ad claſſem de contractibus, quod ex ipſo ejus argumento apparebit. Cujacius † ex Codice regio inſcribit eam *de Diſpoſitione artificum*: alij titulum faciunt,

1
2

3 *Edictum pientissimi Domini nostri Iustin. de formula artificum.* Imponit † autem Imperator hac sua constitutione frenum negotiatoribus & mercatoribus, & artificibus variis, & agricolis & nautis: qui omnes impulsi avaritia & lucri cupidiate inexplebili, pretia rerum & mercedes in immensum auxerant: adeò ut jam duplicia tripliciaque exigerent: & quidem eo tempore nihil remittentes de sua iniquitate: quo tamen tempore publica calamitate à Deo immissa, meliores fieri debuerant. Intelligere autem debemus pestem fortasse, aut sterilitatem, aut aliam quampiam publicarum calamitatum, quæ tunc Imperium Justi-
4 niani afflixerit. Constituit igitur † Imperator, ne quis illorum, quos dixi, plus exigat nomine pretii vel mercedis, quam vetus consuetudo & mos ferat. Atque
5 hæc prima est, hujus Novellæ pars. In secuunda † præcipit Architectis, & mensoribus, & aliis æstimatoribus operum, ut etiam in æstimatione cui scilicet
6 adhibentur, observent veterem consuetudinem. Tertia † pars pertinet ad mandatores & redemptores ut nec illi plutis etiam conducant, vel emant, quã
7 antiquitus fuerit receptum. Quarta † pars continet sanctionem: constituit enim pœnam tripli in transgressores, ut scilicet quod illicitè ex talibus causis
8 acceperint, hoc in triplo cogantur restituere & inferre fisco. Quibus † & quinta pars accedit, quæ etiam continet sanctionem: cohortibus enim præfecti urbis irrogatur pœna quinque librarum auri, si quid horum neglexerint aba-liis factum: cum deberent indicare magistratui vindicandum.

9 Ut autem † hanc æquissimam vocat const. Cujac. ita sanè dolendum est eam nostris moribus tàm malè observari. Hodiè enim ferè impunè pretia rerum subindè augentur & crescunt, cum maximo certè Reipublicæ damno, & hominum tenuiorum oppressione: & sicut alia antiqua instituta laudatissima, ita & præsens illud in usum revocari magnoperè interesset.

10 Non dissimulo † tamen, quod mihi videtur hæc constitutio Justiniani potiùs fuisse topica, sive ad certum locum restricta, quàm universalis, quæ per totum imperium obtinere debuerit. Vix enim hoc impetrari poterit ubiq;, ut in
11 omnibus observetur mos antiquus. Notanda † tamen est hæc Novella etiam ad illum locum communem de observanda veteri consuetudine quantum fieri potest: quem locum plenius tractavi *in rescriptis Trajani, Epistola 21.* (aliâs 31.) *& epistola 114. lib. 10. Epistolarum Plinii.*

12 Rectè autem † reprehendit Cujacius Henricum Agylæum, qui in Edicto
13 v1. Justin. μεθοδείας verterit *ludos literarios*: cum potiùs debuerit † interpretari, *conventus hominum* sive *mercatus*. Hæc enim quatuor Imper. pro eodem accipit, πραγματείαν, μεθοδείαν, μέθοδον, & ἐμπορίαν, verum pro negotiatione. nullo autem modo in mentem ipsi venit quicquam disponere de ludis literariis, eorũq; Magistris. Aliâs μεθοδεία est astutia & fraus, ut apud Apostolum Paulum *Epist. poster. ad Thessaloni.* Idem Agylæus interpretatus est, *cujuscunque disciplinæ aut artis Magistrum*: credo ne ludos literarios, quos hîc fabricabat, vacuos relinqueret. Sed ut dixi, nihil hîc Imperator neque de ludis literariis, neque de Magistris eorum, sed omnia de mercatoribus & opificibus variis sanxit.

CAP

CAPUT XIV.

De Hortulanis & hortorum conductione atque æstimatione. Ad Novel. 64.

SUMMARIA.

1 *Ratio connexionis.*
2 *Summa Nov. 64.*
3 *Ratio, cur in conductionibus hortorum æstimatores adhibeantur hortulani.*
4 *Ratio, cur & alii non hortulani adhibendi.*
5 *De Summariis, remissivè.*

NOvellam † hanc observat Wesenb. *in Oeconomia*, referri posse vel ad tit. ff. *si mensor falsum mod. dixer.* vel ad tit. *de ædilic. edict.* vel ad tit. *de locatione & conduct.* Quocirca videor mihi non malè facturus si hanc quoque sub ista parte de contractibus, apponam. Agit enim de specie quadam contractuum, videlicet, conductione hortorum & æstimatione. 1

Summa † Novellæ hæc est: in facienda æstimatione hortorum (quæ ideò fieri solet in conductione eorum, ut illâ finitâ, constare possit, an & quantum fuerint aucti, vel diminuti, vel deteriorati) non ampliùs utendum esse solis hortulanis, vel aliis, qui selecti æstimatores huic rei priùs adhiberi solebant: sed alios insuper adjungendos esse, qui vulgò vocantur *Summarii*: & quidem sub religione jurisjurandi æstimationem fieri debere. 2

Ratio † quare in conductionibus hortorum, æstimatores adhiberentur hortulani, est hæc: quia ipsi talium rerum essent periti. Est autem peritis in suâ arte vel professione, qualiscunque illa sit, fides adhibenda, ut latè probat Nicol Everhard. *in Topic. in loco, Ab autoritate.* 3

Ratio † juris novissimi, quare, inquam, hortulanis æstimatoribus adjungi jubeantur alii non hortulani, illa est, ut occurratur fraudibus hortulanorum. Solebant enim hortulani ad æstimationes adhibiti colludere cum suæ sortis hominibus, iisque gratificari in necem locatorum; (*Cornix enim*, ut est in proverbio, *cornici non excudit oculum; neque lupus lupum vorat.*) scil. initio contractus omnia vili æstimabant: in fine verò, sive extinctâ locatione, omnia exquisitè ac subtiliter ad calculum revocabant, atque ad vivum resecabant. Huic igitur collusioni avertendæ Imp. istud remedium excogitavit. 4

De *Summariis*, quinam fuerint, plura videri possunt apud Cuiacium *hic.* 5

CAPUT XV.

De Mensuris & Ponderibus. Ad Novel. 128. c. 15.

SUMMARIA.

1 *Mensura & pondera ut iusta sint, magnoperè interest.*
2 *Quid Iustinianus in Nov. 128. cap. 15. hac de re constituerit?*
3 *Nov. 128. ad omnia commercia extenditur.*
4 *Quid legibus veteribus in mensurarum & ponderum falsarios constitutum sit?*
5 *Morib. nostris quæ pœna istorum falsariorũ?*

NEmo † nescit mensuras & pondera usq; adeò necessaria esse ad contractus & commercia rerũ, ut sine illis vix possint expediri. Quam- 1

obrem ut hæc justa & æqua sint, magnæ semper curæ legislatoribus fuitin quavis Republ neque minori, quàm ne monetæ adulterarentur. Quid quod Deus ipse diris devovet eum qui iniquis utitur ponderibus & mensuris.

2 Nec Justinianus † quidé noster nihil de his cavit in Novellis: quanquam constitutionem suam de his restrinxit tantùm ad exactores tributorum publicorum: quibus præcipit *in Novel. 128. c. 15.* ut justis ponderibus & mensuris utantur. Præcipit ibidem ut justæ mensuræ & pondera adserventur in Ecclesia cujusque civitatis: idque majoris procul dubio religionis ergò: & ut tantò magis avertatur omnis suspicio & metus corruptelæ aut falsationis. Denique permittit collatoribus tributorum, ut si vel in mensuris vel in ponderibus se gravari putent ab exactoribus vel fiscalibus, recurrant, ad magistratus, penes quos custodia est justarum mensurarum & ponderum, atque ab his ea petant utenda in collatione tributorum & expensarum militarium, atque aliarum.

3 Etsi † autem in specie hæc de ponderibus & mensuris ut justa sint, atque custodiantur in publico, ita ut dixi ab Imperatore constituuntur, *d. loco*: tamen rectè etiam latiùs extenduntur ad quævis commercia. Neque enim Imp. uspiam sustulit priora jura in falsarios mensurarum ac ponderum constituta. Jus autem quod non reperitur abrogatum stare & manere censetur, *vulgata l. præcipimus 32. C. de appellat. & l. sanctimus 27. C. de testamentis.*

4 Ex prioribus † illis legibus breviter hæc notari possunt: si venditor aut emptor mensuras publicè probatas, vel pondera corruperit, aliovè modo fraudem fecerit, quanti eares est in duplum condemnari potest judicio publico legis Corneliæ de falsis accusatus, & insuper relegari *l. pen. ff. ad L. Cornel. de falsi.* Competit quoque adversus corruptores ponderum & mensurarum actio in factum pœnalis: *arg. l. 25. & l. pen. ff. d. t. & l. 6. annona. §. ult. ff. de extraordinar. crimin. l. 52. si quis uxori. §. si maiora. ff. de furt. vide etiam l. 221. Paulus respondit. ff. de V. S. & ibi Dd.* Modium iniquum esse, ait Paulus, qui modius non est.

5 Nostris † moribus in falsarios ponderum & mensurarum nonnunquam fustigatio, vel certè gravissima mulcta pecuniaria, tanquam in fures publicos, decerni solet.

Atque ita pars tertia, quæ de contractibus, eorumque pertinentiis sive Accessionibus quibusdam fuit, impositus esto finis.

FINIS PARTIS TERTIÆ.

PARS

PARS SIVE CLASSIS QVARTA:

Complectens explicationem earum NOVELLARUM, quæ agunt de NUPTIIS tàm contrahendis quàm diſſolvendis: nec non de Concubinatu, de liberorum differentia ac jure: déque modis legitimandi liberos.

CAPUT PRIMUM.

De Utilitate matrimonii: & quid ſit quod faciat Nuptias.

SUMMARIA.

1 *A commendatione materiæ tractationem ordiri ICtis ſolenne.*
2 *Commendatio matrimonii, ex Nov. 22.*
3 *Commendatio eiuſdem, ex Nov. 39.*
4 *Commendatio eiuſdem, ex Novella 2. Iuſtini Minoris.*
5 *Novel. 140. non Iuſtiniani eſt: ſed Iuſtini Minoris.*
6 *Commendatio matrimonii ex Novel. Leonis III.*
7 *De definitione Nuptiarum, remiſſio.*
8 *Secundum capitis membrum quid faciat nuptias, ſeu, de ſubſtantiali nuptiarum requiſito.*
9 *Conſenſus facit nuptias.*
10 *Conſenſus nuptias faciens quis ſit, & quomodo à conſenſu ſponſalia faciente differat?*
11 *Tabulæ nuptiales, dos, donatio propter nuptias, nuptiarum feſtivitas; non ſunt de ſubſtantialibus matrimonii.*
12 *Inter uxorem & concubinam quid interſit?*
13 *Tabulæ nuptiales, ſive dotalia inſtrumenta, de ſubſtantiâ ſunt matrimonii eius, per quod ſubſequens legitimandi ſunt liberi naturales.*
14 *Matrimonium inter perſonas diſparis conditionis, dotalia inſtrumenta requirit.*
15 *In illuſtrium virorum præterquam barbarorum nuptiis, etiam dotalia inſtrumenta exiguntur.*
16 *Benedictio ſacra ad omnia matrimonia requiritur. ſec. Novel Leon. 89.*
17 *Concubinatus à Leone prohibitus, in Nov. 91.*
18 *Benedictionis ſacerdotalis in matrimonio adhibendæ inſtitutum antiquiſſimum.*
19 *An l. 24. C. de nuptiis, de benedictione ſacerdotali accipienda ſit?*

QVM ſolenne † ſit Jurisconſultis unumquemque juris locum ferè ordiri ab eius commendatione, quam utplurimùm ducunt ex utilitate: ſicut paſſim videre licet apud Ulpianum in Pandectis, initio commentariorum ſuorum ad edicta Prætoris. v. g. *in l. 1. ff. de minor. l. 1. ff. ſi cert. pet. &c.* non immeritò etiam nos huius partis, in qua Novellas, agentes de Nuptiis, expoſituri ſumus, ab encomio & laudibus argumenti tractandi faciemus initium: quanquam id argumentum eiuſmodi eſt, ut ſeipſum cuilibet, tacito naturæ ſenſu atque inſtinctu, ſatis commendet. Videamus † tamen, quid de hac re Imp. noſter ſcribat. Sic igitur ille *Nov. 22. in princ. Si matrimonium ſic eſt honeſtum, ut humano generi videatur immortalitatem artificioſè introducere, & ex filiorum procreatione renovata genera manent, jugiter DEI clementia, quantum eſt poſſibile, noſtræ immortalitatem donandæ naturæ: rectè nobis ſtudium eſt de Nuptiis.* Similiter † idem Imperator *in Novel. 39. in fine præmii:* 1 2 3

mii: Nuptiis, inquit, *nihil est hominibus utilius, tanquam solis facere homines valentibus.* Conferantur cum his aliorum quoque Impp. elogia, quibus exornârunt Nuptias: ut † Imperator Justinus Minor *Nov. 2. in pr. Nihil*, inquit, *in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium, quippe ex quo liberi, omnisq; deinceps sobolis series existat: quod regiones atque civitates frequentes reddat: unde denique optimæ Reipublicæ coagmentatio fiat.* Vulgò † hæc Novella refertur inter Novellas Justiniani, & est numero 140: sed Cuiacius & Agyllæus rectè eam adscribunt Justino secundo, qui filius fuit adoptivus Justiniani: sicut & aliæ quædam Novellæ tàm huius Justini, quàm Tiberii, qui Justino secundo successit, cum Novellis Justini commiscentur, ut diligenter notavit Cuiacius. Sic † Leo Imperator *Novel. III.* de matrimonii laudibus scribit: *Nihil adeò ad conseruandum genus humanum esse necessarium, atque quod è costa viro attributum est subsidium, cum artifex ille, qui istud condidit, tùm ipsa natura divino documento attestatur.* Hæc ad commendationem matrimonii ex ipsis Imperatorum Novellis protulisse sufficiat, quibus etiam aliunde plura ab unoquoque privato studio poterunt aggregari.

Nunc, † omissa definitione Nuptiarum, quæ peti potest ex Instit. *tit. de patr. potestat. in fin.* & *ex l. 1. ff. de ritu nupt.* & adjungi explicatio ex Commentariis Interpretum: Videamus † de eo, quid faciat Nuptias, sive de substantiali earum requisito, ut vocant. Est autem † notissima juris regula: Nuptias non concubitus facit, sed consensus. *l. 30. nuptias ff. de R. I.* Quanquam † autem etiam in sponsalibus consensus intervenit, tamen ille potiùs est de futuro, quàm de præsenti: nam sponsalia sunt mentio & repromissio futurarum nuptiarum. *l. 1. ff. de sponsalibus:* In quo consistit præcipua differentia inter sponsalia & matrimonium: quanquam Juris Canonici autores & interpretes etiam sponsalia quædam de præsenti invenerunt: de quibus explicatur & ad *tit. 1. libr. 4. decretal.* & à Joachimo à Beust. *in tractatu de sponsalibus & matrimonio.* item à Schneidewino *ad init. tit. Instit. de Nuptiis.* Porrò ille consensus Nuptias faciens (qui quidem non tantùm expressus, sed etiam tacitus esse potest:) alibi vocatur *maritalis honor & affectio:* alibi *reverentia maritalis*: item *affectus maritalis*: item *plenus honor*: ut videre est in his locis: *l. 31. donationes. in princip. ff. de donationibus. l. 1. §. 7. cum autem. C. de rei uxor. act. l. 14. alia causa. §. 1. in fin. ff. soluto matrimonio. l. 11. jubemus. in princip. C. de repud. l. cum tabulis. 16. §. 1. ff. de his, quæ ut indignis.* cum similibus. Eandem hanc sententiam Imperator etiam in Novells probavit & confirmavit, ut videre est *init. Novell. 22. & Novell. 74.* Unde intelligimus: 1. ad † substantiam matrimonii non esse necessarias tabulas nuptiales: non dotem: non donationem propter nuptias: non celebritatem nuptiarum sive pompam, sive solennitatem, *d. l. 31. in princip. ff. de donationibus. l ultim. in princ. C. de donationibus ante nuptias. l. 9. si vicinis. & l. 13. neque sine. l. 21. à caligato. & l. sequent. C. de nupt. l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fide instrumentorum.* Quæ omnia possunt quidem accedere, sed non tanquam substantialia: unde & abesse & omitti possunt.

sunt. Deinde etiam intelligimus inde, † quid sit, quod jure civili differen- 12
tiam faciat inter concubinam & uxorem: videlicet sola animi destinatio, ut ait Paulus *in l. pen. ff. de concubin.* seu solus dilectus, ut est apud eundem *libro 2. sentent. tit. 20.* & nisi dignitate nihil interest inter concubinam & uxorem, ut scribit Ulpianus *in l. 49. item legato. §. 4. parvi autem refert. ff. de leg. 3.* In ipsa appellatione uxoris est honor: nam uxor, item materfamilias & domina, sunt nomina dignitatis: Concubina potiùs est nomen voluptatis: ut eleganter notavit etiam Cuiacius *ad Novell. 22.* Unde & Plautus *in Trinummo* eodem modo opponit, dari sororem in matrimonium, & in concubinatum: quasi hoc præ illo sit abjectum ac vile. Cicero quoque *pro Celio* ait: *petulanter facimus, si matrem fam. secùs quàm matronarum dignitas postulat, nominemus.*

Sunt † tamen casus, quibus tabulæ nuptiales quoque exiguntur: ut pri- 13
mùm, si quis eam ducat uxorem, quam priùs habuerat concubinam, & ex qua liberos suscepetat naturales. Liberi naturales suscepti in concubinatu ex muliere ingenua, concubinatu deinde converso in matrimonium, fiunt sui & legitimi. *l. Divi. 5. & l. jubemus. 6. & l. cùm quis. 10. & l. nuper. 11. C. de naturali liber*: Sed non satis est nuptias contrahi cum concubina: oportet etiam dotalia instrumenta intervenire *Novell. 12. Nov 18. c. 2 & Nov. 22. c. 1.* quibus omnibus in locis etiam Cuiacius id notavit. Secundò † exiguntur instru- 14
menta nuptialia, si agatur de matrimonio inter personas disparis conditionis; sive quæ honestate impares sunt, contrahendo: ut si senator permissu principis ducat mulierem scenicam, id est, vilis conditionis. *l. si donationem. 22. & l. Imperialis. 23. C. de nupt.* Item, si patronus ducere velit libertam. *Novell. 78. cap 3.* Unde sumpta est *Authent. sed novo jure. C. de nupt.* Tertiò, † si illustres 15
viri uxorem quamlibet ducant, *d. Nov. 22.* à qua regula & observatione postea tamen Imperator excepit, illustres barbaros, imperio Rom. subjectos. *Novel. 117.* unde sumpta est *Authent. maximis decorati. C. de nupt.* Ratio est, barbarorum simplicitas, quæ non fuit visa adstringenda ad illam subtilitatem instrumentorum: quæ causa etiam fuit privilegii militaris circa testamenta, ut notum est *ex tit. Inst. de militar. testam.* Extra hos casus, nuptiæ J. Justinianeo, etiam novissimo, contrahuntur solo consensu, *d. auth. sed novo jure. in fin. C. de Nupt.*

Sicut autem Justinianus in quibusdam matrimoniis accedere voluit instru- 16
menta nuptialia, ita † Imper. Leo ad omnia matrimonia constituit necessariam esse sacram benedictionem, sive, ut Græcè vocat, ἱερολογίαν: adeò ut sine hac nullum voluerit esse ratum matrimonium. Vide ipsius Leonis *Nov. 89.* eiusdemque benedictionis mentionem quoque facit idem. *Novell. 74.* ubi prohibet, ne ante legitimum tempus ea benedictio futuris coniugibus adhibeatur, & legitimum tempus matrimonii definit, in maribus decimum quintum, in fœminis decimum tertium annum, quod ferè coincidit cum jure Justinianeo: nam hoc quoque requirit annum duodecimum & decimum quartum completum. Concubinatum verò † quem Justinianus reliquerat, idem 17

Leo districtè prohibuit ac sustulit, *Novel.91.* additâ pro ratione hac nobili sententia: *quia videatur desipere is, qui malit lutum, cùm sibi liceat puras ex fonte aquas haurire.* Ubi alludit ad *cap.5. Proverb. Salomonis.* Eandem prohibitionem concubinatus posteà etiam Jus Canonicum est secutum: de quo dixi *in differentiis utriusque juris.* De benedictionibus † autem illis soleo mirari tantum silentium apud Justinianum, alioquin religiosissimum principem: cùm tamen hoc institutum non sub Leone primùm extiterit, sed in Ecclesia Christiana fuerit antiquissimum: ut ex Tertulliani *libr.2. ad uxorem*, rectè observârunt Hotomannus *illustr. quæst. 25.* Et Cuiacius *ad rubr. & c.1. ex. de sponsal. & matrim.* Et observavi hac ipsa de re etiam vetustiorem locum apud Ignatium Antiochenum *in epist.8. ad Polycarpum.* Hotomannus † tamen *legem 24. sancimus, C. de Nupt.* putat accipiendam de hac ipsa benedictione sacerdotali, ubi Imperator constituit, non aliter intelligi debere nuptiarum conditionem impletam, nisi ipsa accedat nuptiarum festivitas, & vota nuptiarum re ipsa processerint: Cui legi quomodo non obstet *l. 21. & l. 22. eodem tit.* non immeritò quis subsistat: nisi fortè dicendum, *per l.24. C. de nupt.* nonnihil hac in re prioribus illis legibus derogari. Si tamen Imperator *festivitatis* vocabulo aut *votorum*, intelligi voluit benedictionem sacerdotis, videtur paulò clariùs loqui debuisse; cùm possint etiam aliter illa vocabula accipi.

CAPUT II.

Distinctio Nuptiarum duplex: & de iniustis nuptiis primùm: Ad Novel.12. & Nov.89. cap.ult. & ad N.154. & ad Nov.139.

SUMMARIA.

1 *Nuptiarum alia prima, alia secunda.*
2 *Prima nuptia.*
3 *Secunda nuptia.*
4 *Totum ferè argumentum nuptiarum in Novellis propter bona tractatur.*
5 *Nuptia alia iusta, alia iniusta.*
6 *Iniusta nuptia alia naturâ, alia legibus.*
7 *De prohibitione nuptiarum ob cognationem spiritualem.*
8 *Nuptia naturâ prohibita quàm variis nominibus indigitentur?*
9 *Inter nefarias & incestas nuptias non benè distinguitur.*
10 *Novell 12. tantùm ad naturâ, non etiam ad legibus interdictas nuptias pertinet.*
11 *Incestuosi brutis sordidiores.*
12 *Homo non faciens consentientia naturæ, non homo est, sed bestia.*
13 *Translationis veteris in Novel. 12. indeq; Accursii erratum.*
14 *Incestum aliud inter ascendentes & descendentes; aliud inter collaterales cognatos, aut affines.*
15 *Utrumque genus incesti, Iuris gentium dicitur: & moribus prohibitum.*
16 *Discrimen inter illa duo genera incesti.*
17 *Incestum Iuris gentium gravius incesto Iuris civilis.*
18 *In incesto Iuris civilis mulier ob ignorantiam Iuris civilis excusatur, si palàm agat.*
19 *Quod palàm fit, innocentia; quod clàm, doli suspicionem habet.*
20 *Inter incestum extra matrimonium, & inter incestum in matrimonio commissum distin-*

distinguitur.

21 *Pœna incestarum nuptiarum ex iure veteri.*

22 *Pœna earundem ex Nov. 12.*

23 *Nulla persona præter liberos ad incestuosi successionem admittuntur ex Novell. 12. secus quàm ex l. 6. C. de incest. nupt.*

24 *Circa incestuosi successionem alius plecti videtur quàm qui peccavit.*

25 *Inibi casus quo liberis defertur parentum viventium hereditas*

26 *Modus solvendæ patriæ potestatis ob delictum patris.*

27 *Liberi ipsi patrem incestuosum alere coguntur: pater liberos incestuosos, non cogitur.*

28 *Objectiones quædam.*

29 *Incestuosi liberi alendi, Iure Canonico.*

30 *De variis generibus liberorum ininstorum, remissivè.*

31 *Pœna incesti deportatio, antiqua.*

32 *Pœna incesti olim etiam ignis supplicium.*

33 *Ignobiles & viles acrius puniuntur, quàm nobiles & honestiores.*

34 *De confiscatione bonorum, & aliis quæstionibus, remissivè.*

35 *Novella 17. capit. 12. & Novell. 134. capit. ultim. nec non Authent. bona damnatorum. C. de bon. proscript. cum Nov. 12. & Authent. incestas. C. de incestis nuptiis conciliatio.*

36 *Nov. 117. cap. 10. & Auth quod hodiè. C de repudiis. per Nov. 134. cap. ult. non abrogatur.*

37 *De nuptiis incestis quæ tempore promulgatæ d. Nov. 12. tamerant contractæ; per recitationem.*

38 *de Novel. 139. & Novel. 154. etiam summariè tantùm, & κατ' ἀνοδιωξιν.*

39 *Incesti crimina apud Persas consueta.*

40 *Plura de incestis nuptiis, & de pœna incesti, remissivè.*

41 *Moribus nostris quæ pœna incesti?*

NUPTIARUM † aliæ sunt primæ, aliæ secundæ: Et primæ † quidem sunt, quas nullæ aliæ præcesserunt: sicut proximus in jure is dicitur, quem nemo antecedit, & supremus, quem nemo sequitur. *l. 92. proximus. ff. de V. S.* Secundæ † verò sunt omnes aliæ, quæcunque post primas contrahuntur; etiamsi alioquin ordine non secundæ sint, sed vel tertiæ, vel quartæ, vel etiam ulteriores: ut in Evangelica historia exemplum extat mulieris, quæ septem habuerat maritos: & apud S. Hieronymum refertur exemplum monstrosæ multitudinis & iterationis nuptiarum tàm viri quàm uxoris, plus quàm vicesies nubentis & ducentis. Multò plura autem de secundis nuptiis quàm de primis afferuntur in Novellis: sicut & hoc observandum, ferè † totum argumentum nuptiarum hîc magis tractari propter bona, quàm vel propter personas quæ coniungi possint, aut prohibeantur, vel propter ritus & alia, de quibus in Pandectis & Codice agitur. 1 2 3 4

Deinde † aliâ divisione Nuptiæ vel sunt justæ ac legitimæ, vel iniustæ seu inutiles. Ab iniustis prius nos expediemus, quâ ad justas accedamus. Iniustæ † igitur nuptiæ vel sunt naturâ interdictæ: vel jure civili & legibus; cuiusmodi sunt nuptiæ inter pupillũ & tutoré vel curatoré & horũ filios: item inter officialem & provincialem fœminam: inter quos coniunctionem prohibet ratio potétatus, ut ait Papinianus: item inter susceptoré & susceptã ex baptismo, quã 5 6

7 vocant filiam ſpiritualem: † de qua prohibitione ſingularis eſt *l. 26. ſi quis alumnam. C. de nupt.* Quam prohibitionem ſpecies quædam religionis intro-
duxit, quaſi hîc eſſet impedimento cognatio quædam ſpiritualis, quam & Orientales Eccleſiæ & Jus Canonicum Pontificum Rom. latiùs produxerunt in multas ſpecies diſtinctam.

8 Prioris generis † nuptiæ vocantur nunc *inceſtæ*, nunc *nefandæ*, ſive *nefariæ*, nunc *damnatæ*. His enim nominibus promiſcuè notatur idem crimen. Græcis ſunt ἀθέμιτοι γάμοι, vel uno verbo, ἀθεμιτογαμία, vide *Novell. 12. in Inſcri-*
9 *ptione & c. 1. & §. ergo. Inſtit. de Nupt.* Non rectè † igitur, ſi Cuiacio credimus, Accurſius aliique, & ex Græcis Harmenopulus diſtinguunt inter nuptias nefarias & inceſtas, quam παραδιαίρετον notat Cuiac. *ad d. Novell. 12.* Tametſi idem *in Paratit. C. de inceſt. & inutil. Nupt.* videtur ipſe quoque diſtinguere, cum ait: *non ſolent nefariæ dici, quæ ſunt inceſtæ jure civili.* Videatur
10 idem Cuiac. *lib. 21. obſ. 18. & in Papiniano ad l. 38. ff. de adulter.* Non rectè † quoque eam Novellam 12. trahit Accurſius ad nuptias legibus interdictas, cum tantum pertineat ad nuptias inceſtas, eiusque titulus ſit, ut dixi, περὶ ἀθε-
11 μιτογαμιῶν. Exaggerat autem Imperator *in d. Novel. 12.* † crimen inceſtarum nuptiarum, comparatione factâ cum brutis, quorum quædam tacitò naturæ ſenſu atque inſtinctu à tali coniunctione abhorreant, ut olim exempla annotavi ex hiſtoriis ad Oppianum *libr. 2. de Venatione.* His igitur ipſis brutis deteriores ſunt homines, qui inceſtis nuptiis ſeſe polluunt, &, ut cum
12 Imperatoribus loquar, funeſtant. *l. 6. C. de inceſt. nupt.* Et rectè † notat Bartolus ex hoc textu, *num. 2.* hominem, qui non factat decentia naturæ, non reputari hominem, ſed beſtiam, quæ præclara eſt & latiſſimè patens ſenten-
13 tia, ac habetur etiam in Pſalmis Davidicis *Pſalm. 32. & pſalm. 49.* In † veteri Novellarum translatione eo loco in exemplari, quod Accurſius ſecutus eſt, perperam legitur: *qualia plura etiam irrationabilia admonent animalia*: quod exponit Accurſius in gl. *admonent*, id eſt, *faciunt*. Peſſimè inquam. Alii rectiùs legunt, *amovent*. Sed Haloander ſignificantiùs vertit, *averſantur*. Nam in Græco textu eſt ἀποστέλλει, quod etiam poſſis reddere, *abhor-*
14 *rent*. nam ἀποστέλλεσθαι propriè eſt *excutere*. Porrò † inceſtum committitur vel cum aſcendentibus & deſcendentibus in linea recta; ut inter parentes & liberos in infinitum: vel cum aliquo eorum, qui ex latere veniunt; vel cum
15 aliquo ex affinibus. Et utrumque † genus inceſti ſæpè dicitur Juris gentium, ut ſcilicet jus gentium pro jure naturæ, ut alibi quoque, accipiatur. *vide l. ult. ff. de ritu nupt. l. 38. ſi adulterium. §. 2. ff. ad l. Iul. de adulter. & l. ultim. ff. de condict. ſine cauſa.* Dicitur etiam moribus prohibitum, *l. 8. libertinus. l. 39.*
16 *ſororis. §. 1. & l. 56. etiamſi. ff. de ritu nupt.* Veruntamen † inter hæc duo genera hoc eſt diſcrimen, quod inter aſcendentes & deſcendentes perpetua eſt prohibitio, & in infinitum ſe extendit: in linea tranſverſa ſive inter collaterales, & affines, non perpetua, nec in infinitum: imò inter eaſdem perſonas Jus civile matrimonium nonnunquam prohibuit; aliquando permiſit.

Exem-

Exemplum nobile eſt inter Conſobrinos, hoc eſt, duorum fratrum vel ſororum liberos. *l. celebrandis. 19. C. de nupt. l. 2. C. Th. de inceſt. nupt. Et S. Aurel. Victor in Epit. de Cæſaribus: de quo & Ant. Contius lib. 1. ſubſeciv. lect. & interpretes ad §. duorum. Inſtit. de nupt.* Et aliud exemplum eſt in filia fratris aut ſororis. *l. 5. & l. ult. C. de inceſt. nupt. de quo & Tacitus in Annal. ubi de Imp. Claudio.* Et rurſum aliud exemplum in ſororibus apud Athenienſes: *de quo videatur Cornelius Nepos in vitis virorum illuſtrium; & Muretus in variis lectionibus.* Quibus † conſequens eſt, 17
Inceſtum jure gentium, ſive contra jus naturæ & pudorem naturalem admiſſum longè gravius eſſe; quàm id, quod cõtra juris civilis prohibitionem committitur: ſive, ut Papinianus ait, ubi ſola juris noſtri obſervatio intervenit. *d. l. 38. §. 2 ff. de adulter.* ubi *jus noſtrum*, ſicut etiam à Pomponio *in l. 7. ff. de R. I.* pro jure civili uſurpatur. Hinc † porrò & illa ſequitur differentia, quod in priore 18
genere inceſtus mulier eâdem pœnâ cum viro afficitur: in poſteriore ignorantiâ juris quodammodo excuſatur. *d. l. 38. §. 2.* præſertim ſi palàm peccaverit, non ſi occultè. *l. ult. ff. de ritu nupt.* In eo enim, † quod fit palàm, ipſa ſimplicitas 19
digna favore fuit, (ut loquar cum Poëta) & quodammodo innocentiæ proxima: in ſtudio autem occultandi manifeſtò ſe prodit dolus, & ſatis oſtendit mulier eo ipſo, quod clàm facit, ſe non peccare ignorantiâ juris, ſed ſcientem atque ἐκ προαιρέσεως. Quorſum enim fugeret lucem, ſi non malè agendi propoſitum haberet, ſciens, dolo malo? Diſtinguunt † etiam Juriſconſulti & Dd. inceſtum 20
extra matrimonium admiſſum ab eo, quod fit in matrimonio, ſive, ut loquuntur, in figura matrimonii: inter quas duas ſpecies hoc eſt diſcrimen, quod cum eo, qui hoc poſterius admiſit, ferè mitiùs agatur, quàm cum eo, qui prius, in honorem videlicet matrimonii. Hujus diſtinctionis fundamentum extat *in d. l. 38. §. 3. nonnunquam. ff. ad l. Iul. de adult.*

Hactenus de inceſti crimine ipſo: deinceps de pœna eiusdem videndum eſt. Cum autem † priores pœnæ non tollantur per *Nov. 12.* & alias: prius eſt, ut 21
antiquiores pœnas cognoſcamus. Igitur jure antiquo, id eſt, ante Novellas recepto & dos fit caduca, & fructus dotis *l. 52. inceſta. ff. de ritu nupt.* Neque enim ulla hîc dos eſſe intelligitur. *§. ſi adverſus. Inſt. de nupt.* Idem dicendum eſt de donatione propter nuptias. *l. 4. C. de inceſt. nupt.* Nam & aliàs dos & donatio propter nuptias ferè ad paria judicantur, & ut vulgò ajunt, paribus paſſibus ambulant, *arg. Nov. 97. & Auth. æqualitas. C. de donat. ant. nupt.* Præterea liberi ex tali conjunctione ſuſcepti non ſunt juſti, ſed ſpurii. *l. 1. C. Th. de inceſt. nupt.* qui propriè *inceſtuoſi* dicuntur, item *ex damnato coitu ſuſcepti.* Non videntur ergò patrem habere, cujus ſucceſſio ipſis debeatur, vel qui alere ipſos teneatur, *l. 6. ſi quis inceſti. C. de inceſt. nupt. & N. 89.* unde ſumpta eſt *auth. ex complexu. C. d. t.* cum alioqui liberis hereditas parentum ex naturali ratione debeatur. *l. 7. cum ratio. ff. de bon. damn.* & alendi ſint à parentibus. *vid. tit. ff. de agnoſc. & alend. liber.* Bona quoque eorum, qui inceſtas nuptias contraxerunt, ſervantur liberis juſtis ac legitimis eorundem ex aliis nuptiis usque ad tertium gradum: parentibus usque ad ſecundum: item fratribus & ſororibus, patruis & amitis: excepto, ſi quis fortè fuerit ex illis conciliator & pararius ſive interpres talium nuptiarum. *d. l. 6. C. de*

6. C. de inceſt. nupt. Tales enim proxenetæ inceſtarum nuptiarum hoc ipſo indignos ſe reddiderunt omni ſucceſſione. Ad hæc, qui inceſtas nuptias contraxerunt etſi habent jus teſtandi; tamen teſtamentum facere non poſſunt, niſi inter eas perſonas quas ab inteſtato eis ſuccedere diximus: quarum ſi nulla extet, bona occupat fiſcus. *d. l. 6. verſ. teſtandi.*

22 Has pœnas † Juſtinianus per *Nov. 12.* non ſuſtulit, ſed potiùs auxit & exaſperavit: ut videre eſt etiam *in Auth. inceſtas nuptias, C. de inceſt. nuptiis.* Nam præter publicationem ſeu confiſcationem tam dotis quàm aliorum bonorum, irrogatur etiam inceſtuoſis exilium, hoc eſt deportatio in inſulam, (ut rectè interpretatur Cujac. Malè autem Bartolus, qui intelligi vult relegationem: quod ſatis refellitur ipſo effectu hujus exilii, cum quo conjuncta eſt ſolutio patriæ poteſtatis, quæ non ſolet ſequi relegationem, ſed deportationem) fuſtigatio quoque ſive caſtigatio verberum additur humilioribus ſeu vilioribus. Poſtremò liberi, ſi quos habet ex aliis nuptiis legitimos, liberantur patria poteſtate, & bona patris conſequuntur, illo etiam vivo & vidente, ſed tamen cum onere alimentorum patri præſtandorum. Æqualis autem eſt in utroque ſexu pœna inceſtûs: quâ occaſione hîc quærit Bartolus de pœnâ ſtatuti, an in utroque ſexu locum habeat? Et concludit, habere, ſi utrobique eadem ſit ratio. In militibus etiam propria eſt pœna, videlicet ſpoliatio ſeu ademtio cinguli. *d. Auth. inceſtas nuptias. C. de inc. nupt.* Liberis autem non extantibus, bona fiſco deferuntur. liberos autem, ut aliàs in jure, intelligimus non ſolum filios & filias, ſed etiam nepotes & neptes, & ulterius deſcendentes.

23 Per † jus igitur noviſſimum excluduntur ab inceſtuoſi ſucceſſione aliæ perſonæ, quæ admittebantur anteà *ex d. l. 6. C. de inceſt. nupt.* Quæ juris mutatio probè eſt notanda. nam incluſio liberorum eſt excluſio cæterorum cognatorum: & ſi liberis non extantibus ſtatim locus eſt fiſco, eo ipſo manifeſtum eſt alios cognatos non admitti, qui *in d. l. 6.* nominantur.

24 Multa hîc notanda ſunt ſingularia: quale eſt primò quòd † ob alterius crimen alius repellitur à ſucceſſione ejus, quàm alioqui ſperare poterat: ex quo ſequi videtur hoc abſurdum, quod alius peccet, alius plectatur. Sed abſurdum non eſt. 1. quia non tàm plectuntur ipſi cognati à ſucceſſione excluſi, quàm plectitur ipſe, qui inceſtum admiſit. Sicut enim honorabile eſt habere heredem: ita carere herede & fiſcum habere ſucceſſorem, eſt ignominioſum & pœnam ſapit. Deinde cum lex ſit domina rerum noſtrarum, facilè hoc efficere po-
25 tuit ut ſpes ſuccedendi, quam quis habebat, ei præcidatur. Secundò † notandus eſt caſus, quo liberis defertur ſucceſſio vivis etiam parentibus, cum alioqui viventis nulla ſit hereditas *l. i. ff. de hæredit. vel act. vend. cum ſimilibus*: adeò, ut ne quidem poſſit filius à patre vivente petere legitimam ſuam, quæ ta-
26 men portio jure naturæ ipſi debetur. Vide Mynſing *cent. 4. obſ. 25.* Tertiò † obſervetur modus, quo ſolvitur jus patriæ poteſtatis & filius fam. ſui juris efficitur ob delictum paternum. Quartò † notanda eſt differentia inter patrem
27 & liberos quò ad alimenta: nam liberi juſti coguntur alere patrem quamvis inceſto pollutum. *d. Nov. 12. & d. Auth. inceſt. nupt. 22.* Rationem addit Imperator *d. Nov. 12.*

Digitized by Google

Nov.12 quia licet legum contemtor & impius sit, tamen pater est Sed patet liberos incestuosos & ex damnato coitu natos alere non tenetur. *Nov.89.c.ult. & Auth.ex complexu.C.de incest.nupt.* Cuius ratio est, ut parentes tantò magis in officio continerentur & castitati studerent, qui pro affectu in liberorum persona magis etiam quàm in sua terrentur. *arg.l.8.ifti quidem.§ ult.ff. quod metus causa*: cum instituente naturâ plus ferè filios quàm nosmetipsos diligamus: ut elegãter ait Pacatus Drepanius *in Panegyrico*. Quò pertinet etiam locus Ciceronis. *in epistola quadam ad Brutum*, ubi rationem reddit, quare ob crimen perduellionis à patre admissum etiam liberi puniantur. Est quoque elegans dictum Baldi: *Ius civile in tantum amasse castitatem, ut etiam destruxerit paternam pietatẽ*: quod eius dictum allegat Andr. Gail. *lib.2.obs.88.n.5* Atque † ex his facilè re- 28
sponderi potest objectionibus quibusdam, & dilui absurda, quæ ex superiore sententia Justini consequi videntur: verbi gratia, quod pater alimenta non præstans liberis incestuosis videatur ex suo dolo & delicto lucrũ sentire, quod tamen nemo facere debet: Item, quod liberi innocentes videantur plecti, & ibi reperiatur pœna, ubi nulla est culpa: contra *l.sancimus. 22. C. de pœnis*, & contra *hanc ipsam Nov.12.in pr.cum similibus*. Quid enim peccavit, qui ex damnato coitu natus est? in quo patris potius vel matris crimen & culpa versatur. Sed † hãc 29
duritiem legum & juris civilis correxit jus Canonicum, quod vult, ex æquitate quadam & commiseratione præstari alimenta etiam incestuosis liberis: ne videlicet illis denegatis videantur necari. Necare enim videtur non solùm qui præfocat, sed etiam qui alimenta negat, sive ut Paulus vocat, alimonia, *l.4.ff. de agnosc & alend.liber*. Vide Andr. Gail. *d.obs.88.* & plura hac de re attuli *in tractatu differentiarum juris civilis & Canonici lib. 2.c.7.* Denique de † variis generi- 30
bus liberorum injustorum diligenter disputat Antonius Contius *lib.2.lect.subsecivar.* Quintò Notandum præterea, † pœnam incesti esse deportationem: 31
quæ etiam ante Novellas fuit; jure, ut loquimur, Pandectarum, ut videtur est *in l.5.si quis viduam.ff. de quæst* quanquam ibi duplex erat crimen, videlicet incestus concurrens cum adulterio vel stupro: Incestus est, quatenus quis, ut loquitur textus, contra fas coit cum cognata, quam nõ licebat habere uxorem: adulterium verò quatenus eadem cognata alteri fuit nupta: stuprum denique est, si cognata sit vidua aut virgo soluta, *l.101 inter stuprum.ff. de V.S. cum similibus. & in glossâ ibi adductis.* Sed aliquando † incestum committens etiam ignis supplicio afficiebatur, ut observavi *ex l.3.manente.C.Th.de incest.nupt.* Ex qua lege trũcata desumsit Tribonianus *l.6.C.Justinianeo eod.t.* Sextò: † notandum in to- 33
to jure acriùs puniri ignobiles ac viles personas, quàm nobiles & honestiores: quod & Bartolus *hîc* notavit. *n.3.* Septimò † circa confiscationem bonorum 34
quærunt Bartolus & alii Dd. an bona ipso jure acquirantur fisco, an verò post sententiam demum? De qua & similibus quæstionibus videri potest Bartolus *ad Auth.de incest.nupt.& Nov.12.* & Joh. Faber, aliique *ad Auth. incestas nupt.* C. *eod.t.* Octavò † notandæ sunt objectiones quædam contra id, quod diximus 35
de publicatione bonorum seu confiscatione ob incestum non extantibus liberis justis ac legitimis. Obstare enim videtur & *N.17.c.12. oportet*, & *N.134. c.ult.*

ex qua

Digitized by Google

ex qua ſumta eſt *Auth. bona damnatorum. C. de bonis proſcriptor.* quas antinomias Accurſius quoque obſervavit: Nam prior Novella vult, ut damnatorum bona relinquantur vel ſinantur generi & legi & ordini, quo lex vocat, eos, qui genere ſunt proximi, id eſt, ut bona conſerventur univerſæ cognationi: ſi huic; ergò non datur ſtatim poſt liberos fiſco locus, quia fiſcum debent præcedere alii cognati. Reſp. ex Cujacio; id locum habere in illis criminibus, quibus nominatim non eſt irrogata per leges publicatio bonorum: non autem in illis, quæ ſpecialiter bonorum publicatione ſeu confiſcatione plectuntur. Altero verò *Nov. 134. c. ult.* & *d Auth. bona damnatorum.* vult bona punitorum ſervari non tantum liberis, ſed etiam parentibus ad tertium usque gradum, & his demum non extantibus fiſco ſociari. Ergò non ſtatim poſt liberos admittitur fiſcus, quod eſt contra *d. Nov. 12.* & *contra Auth. inceſtas nuptias.* Reſp. cum eodem Cujacio, ab illa generali conſtitutione excipiendum eſſe crimen inceſti, de quo eſt *d. Nov. 12.* In toto autem jure generi per ſpeciem derogatur, ut eſt in regula jutis: Neque enim eſt veriſimile, Imperatorem per *d. Nov. 134. c. ult.* abrogare voluiſſe alias ſuas Novellas, cum earum nullam fecerit ibi mentionem: ſed potiùs veteribus legibus derogavit, quæ in multis variisque criminibus publicationem bonorum induxerant. 36 Sic etiam † non eſt credendum per *d. Nov. 134. c. ult.* abrogari *Nov. 117. c. 10.* unde ſumta eſt *Auth. quod hodiè. C. de repud.* ubi conſtituit Imp. ut ſi quis repudiaverit uxorem (vel diverterit ab uxore) ſtudio caſtitatis, quam tamen poſtea non ſervet, ſed vel alias contrahat nuptias, vel luxuriosè vivere incipiat, amittat omnia bona ſua, quæ in liberos transferantur, & his non extantibus fiſco applicentur.

37 Quædam etiam † Imp. *in d. Nov. 12.* conſtituit de inceſtis nuptiis jam contractis tempore promulgatæ ſuæ Novellæ; ut ſcilicet illæ intra biennium dirimantur (cum *l. 4. C. de inceſt. nupt.* voluerit præteritas nuptias ſtatim diſſolvi) quod niſi fiat tum, ut iisdem pœnis ſubjaceant cum illis, quæ in futurum contrahantur, id eſt, poſt d. Novellam. Quædam item de jure & ſucceſſione liberorum inceſtorum cum legitimis, nec non de jure fiſci, in tali caſu præteritarum ſive jam contractarum nuptiarum. Sed neque hæc neque illa ad nos magnoperè pertinent, quorum tamen explicatio à Cujacio peti poteſt.

38 Parum † quoque ad nos pertinent, niſi propter hiſtoriam. *Nov. 139* & *Nov. 154.* quarum utraque & topica eſt, id eſt, ad certum locum reſtricta, & ad præterita matrimonia inceſta refertur. Ac prior quidem continet ſpeciale indultum conceſſum incolis Syndios & Hebræis Tyriis, quibus gratiam facit Imper. & diremtionis matrimonii (ne ſcilicet cogerentur dirimere matrimonia contracta per inceſtum) & aliarum quoque pœnarum inceſti: eà tamen lege, dummodò ſinguli, qui contraxerunt tales nuptias, denas auri libras perſolvant, quibus graviores pœnas redimant: deinde hac lege ſive conditione, ne ſpecialis illa gratia ab aliis in exemplum trahatur. Altera *Nov. 154.* agit de habitatoribus Osdroënæ & Meſopotamiæ, qui etiam multas contraxerant inceſtas nuptias eo tempore, quo Novellas ſuas Imp. promulgavit. His ſimiliter Imper. pœnarum jam commiſſarum gratiam facit, qui quidem vel ideò majori venia digni-

viſi ſunt:

ed by Google

visi sunt Justiniano pariter, eiusque successori Justino II. (nam hîc quoque de iisdem agit in suis Novellis, *Nov. 3.* non sine mentione *Nov. 12* & præclaro elogio Justiniani, qui adoptivus pater Justini, ad cęteras virtutes suas eximium castitatis studium adjunxisse dicitur) quia ex vicinitate & consuetudine Persarum partim ignorantiâ legis ducti, partim amoris impotentiâ superati, partim pravis exemplis corrupti, talibus nuptiis assueverant: sicut solent ex vitiosis vicinis vitia & flagitia facilè combibi, atque in mores assumi. Apud Persas † verò docent historiæ adeò consueta fuisse incesti crimina, ut pro criminibus non haberentur. Nam ne â matribus quidem abstinebant, unde Catullus: 39

Nam Magus ex matre & nato nascatur oportet,
Sivera est Persarum impia relligio.

Sed in posterum & Justinianus & Justinus tali matrimonio omnibus districtè interdicunt.

Satis multa jam de incestis nuptiis, earumque pœnis: plura † de hoc argumento, adeòque de pœna incesti etiam extra matrimonium commissi, qui videre volet, is adire poterit Covarruv. *de matrim. part. 2. §. 8. de contrahentib. inc. nuptias.* Item Anton. Thesaurum Sabaudum *decis. 100.* & Joach. Fichard. *tom. 1. consil. 65. & tom. 2. consil. 63. & consil. 112.* Item Modestinum Pistoris *tom. 2. cons. 35.* & Jacob. Tomingium, qui plures allegat, *decis. 42.* De moribus † nostris si quis quærat, quæ pœna sit incesti, quod crimen Germanicè vocamus Blutschandt/ criminalis constitutio Caroli V. *artic. 117.* approbat jus commune Cæsareum, & remittit Judices in casibus incesti ad consilium sive Collegium sapientum, ut sæpè aliàs. 40 41

CAP. III.

De secundis nuptiis. Ad Novell. 2. & Novell. 22. cum aliis quibusdam locis aliarum Novellarum.

SUMMARIA.

1 *Prisci Romani secundas nuptias favore, viduitatem pœnis persecuti.*
2 *A secundis nuptiis abstinentia etiam à paganis in quibusdam casibus exacta.*
3 *Christiani principes in secundas nuptias iniquiores.*
4 *Incommoda secundarum nuptiarum.*
5 *Secundarum nuptiarum divisiones.*
6 *Immatura, seu nimis festinata nuptia secunda.*
7 *Intra annum luctus cur nubere prohibeantur viduæ?*
8 *Pœna secundarum nuptiarum intra luctus annum contractarum, quintuplex.*
9 *Viro, & sponsa, non est annus lugendi constitutus.*
10 *Pœna nuptiarum intra annum luctus contractarum, quibusdam casibus remittuntur.*
11 *Primus casus, propter principis indulgẽtiam.*
12 *Secundus casus, propter ignorantiam facti.*
13 *Tertius casus, in filiofamilias insciis patris obtemperante.*
14 *In iis qua atrocitatem facinoris habent, & naturâ turpia sunt: filio ob iussum patris non ignoscitur.*
15 *Fœminam intra annum luctus uxorem ducere, non est naturâ probrum, aut saltem facinoris atrocitatem non habet.*
16 *Quartus casus, si intra annum luctus, ante secundas nuptias, pepererit mulier.*
17 *Sextus casus, sec quosdam si defuncti maritum lugeri non debeat: sed reprobatur.*
18 *An pœna secundarum nuptiarum, iure Canonico*

nunco ſublata? per diſtinctionem.
19 *Moribus noſtris quid circa hanc rem obſervetur?*
20 *Conſtitutio Palatinatus Electoralis.*
21 *Statutum Norimbergenſe.*
22 *Nuptiæ matris tutricis ante tutelæ finem contractæ, eisdem pœnis obnoxiæ.*
23 *Mulieres intra undecimum menſem à mariti morte parientes, pœnæ eadem.*

SEcundæ Nuptiæ quæ dicantur, & quàm latè hæc appellatio extendatur, dixi *cap. præced.* nunc de earum jure videbimus.

Præmittendum eſt autem inſigne diſcrimen inter jus Rom. vetus, quo uſi fuerunt, cũ paganiſmo adhuc dediti eſſent; & illud jus, quod
1 eſt à Chriſtianis Impp. conſtitutum: Nam † priſci illi Romani non minore favore ſecundas nuptias perſequebantur, quàm primas: ac tantum abeſt, ut illarum libertatem aliquibus pœnis reſtringere atque coërcere voluerint, ut illos potius, qui viduitatem colere, quàm iterare matrimonium maluiſſent, cõſuerint mulctandos, ſicut etiam cælibes mulctabant. Et quidem pecunia quam vidui pro mulcta dabant, *viduvium* dicebatur: quam cælibes, *uxorium*. Feſtus *in fine librorum de verb. ſignificatione*; *uxorium pependiſſe dicitur, qui, quod uxorem non habuerit, æs populi dedit*: ubi annotat Joſephus Scaliger, apud Athenienſes quoque fuiſſe actionem cælibatus, quam Græci vocabant ἀγαμίου δίκην: & Lacedæmone fuiſſe judicia de ſeris nuptiis, itemque de malis nuptiis, quam vocabant δίκην ὀψιγαμίου & κακογαμίου. Etſi enim viduitas eſt genus pudicitiæ, tamen Reip. eſt inutilis: quam maximè intereſt augeri civium numero, *argumento l. 63. cum ita, & l. ſeqq. ff. de condit. & demonſtr. Cujacius in parat. C. ad l. de indict. vid. toll.* Itaque ad ſecundas nuptias potius adigebant homines, quam ab illis quenquã
2 abſterrerent. Tametſi † interim negari non poteſt etiam paganos ipſos quibusdam in caſibus abſtinentiam à ſecundis nuptiis exegiſſe: ut docet eruditiſſimus Tertullianus *in libro de μονογαμίᾳ*, & Servius, doctiſſimus Virgilii interpres. Quò etiam refero illuſtrem locum Valerii Maximi *lib. 2. c. 1. de matrimoniorum ritu: Quæ uno contenta matrimonio fuerant, corona pudicitiæ honorabantur. Exiſtimabant enim, eum præcipuè matronæ ſincera fide incorruptum eſſe animum, qui depoſitæ virginitatis cubile pudicum egredi neſciret: multorum matrimoniorum experiẽtiam quaſi legitimæ cuiusdam intemperantiæ ſignum eſſe credentes.* Sic ergò veteres
3 illi Romani, cum etiamnum in paganismo verſarentur. Sed ex quo † Chriſtiani principes rerum potiti ſunt, (ex quibus primus D. Conſtantinus veneranda Chriſtianorum fide Romanum muniuit imperium, ut de ipſo teſtatur Zeno *in l. 5. C. de natur liber.* & Euſebius *in libris quos de vita Conſtantini ſcripſit*) tota ratio circa ſecundas nuptias commutata eſt. Cum enim plerique Eccleſiæ Chriſtianæ doctores, ut Tertullianus, Gregor. Nazianzenus, Chryſoſtomus, Hieronymus, aliique præſtantiſſimi viri, duriores eſſent ſecundarum nuptiarum cenſores: videntur etiam Chriſtiani Imperatores, hoc illorum dogmate informati, adverſus ſecundas nuptias iniquiores fieri cæpiſſe; ac de illis coërcendis multas edidiſſe conſtitutiones, quæ in Cod *ſub tit. de ſecund. nupt* extant.
4 Moverunt etiam illos † incommoda non exigua neque pauca, quæ ex ſecundis nuptiis ferè conſequuntur: de quibus notabiliter Conſtantinus Magnus

in l. 22.

in l. 22. lex quæ tutores, C. de admin. tutor. ait, *mulieres novis maritis non solum res filiorum sed etiam vitam addicere.* Et S Ambrosius *lib. 6. de opere sex dierum* scribit: *mutato concubitu parentes depravantur, prælatis filiis posterioris copulæ, neglectis autem his qui ex priore progeniti sunt.* Quò etiam allegari solent ex parente omnis eruditionis Homero versus *lib. 6. Odyss.* quos referam latinè ex translatione Achillis Bocchij Bononiensis qui *symbolo 37.* ita vertit:

Sat nosti qualis malicbri in pectore mens est:
Quæ cuicunque viro post nupserit, illius omni
Vult studio ditare domum, prorsusque juvare.
Non animo nati, sua pignora chara, priores,
Non conjunx dulci defunctus munere vitæ,
Versantur: sed cura novi subit una mariti.

Vel si quis breviorem desiderat translationem, hæc esse potest:

Quanam sit mulier benè nosti predita mente,
Præsentis studet usque domum amplificare mariti:
Conjugis ac sobolis plerunque oblita prioris:
Nec curam gerit illorum fermè amplius ullam.

Græcos versus videre licet etiam apud Cujac. in *parat. C. tit. de secundis nupt.* Sunt autem his etiam multò plura incommoda, quæ attestante quotidianâ experientiâ ex secundis nuptiis oriuntur.

His igitur omissis videamus differentiam † secundarum nuptiarum. Earum enim aliæ sunt immaturæ seu nimis festinatæ, aliæ nec festinatæ sed maturæ. Dicam idem aliis verbis: Secundarum nuptiarum quædam laborant vitio immaturitatis: aliæ vitio intemperantiæ. *Vide Cujac. d. t.* Et rursum: aliæ contrahuntur nullis susceptis vel extantibus liberis ex priore matrimonio: aliæ liberis extantibus. 5

De immaturis nuptiis secundis, dicam prius. Voco † autem immaturas seu nimis festinatas nuptias secundas, quæ à fœminis viduis intra annum luctus contrahuntur. Olim † erat luctus decem mensibus circumscriptus, quia scilicet annus quoque decem duntaxat mensibus constabat, teste Ovidio *lib. 1. Fastor.* postea ad duodecim menses hic luctus est porrectus, *l. 1. & 2. C. de secund. nupt.* Ratio prohibitionis est prima, ne turbetur sanguis, hoc est, ne confusio fiat seminis ac sanguinis, & incertus proinde nascatur partus: nam & super fœtatio interdum contingere potest. Altera, ne violetur honestas publica, & reverentia prioris mariti manibus ac memoriæ à vidua eius debita. Sic enim existimatur, per secundas nuptias præsertim præmaturas ac nimis festinatas, etiam manes prioris mariti mœrore affici. *Nov. 22. & Nov. 39.* Quò etiam respexit Apuleius *l. b. 8. de asino aureo.* Sed quæ † pœna est huius generis nuptiarum secundarum quæ laborant immaturitate? Pœna quintuplex notari potest: quarum prima & antiquissima & gravissima est infamia, ipso Prætoris edicto comprehensa vel expressa. *l. 1. §. 7. qui eam & l. 11. liberorum. §. 1. & seqq. ff. de his qui not. infamia:* quod jus notissimum vocant Imp. Gratianus eius que collegæ *in l. 1. C. de secund. nupt. & in l. 4. C. ad Senatusconsultum Tertull.* qui etiam probro-

ſas notas vocant *in l. 2. C. d. t. de ſecund. nupt.* Atque hæc pœna multas ſecum trahit alias: ut privationem omnis dignitatis, & cæteras, de quibus videri poteſt tractatus de fama & infamia Marquardi Freheri. Secunda pœna: Mulier non poteſt niſi tertiam partem bonorum ſuorum in dotem dare marito ſecundo, neque donare, neque teſtamento aut ullo alio titulo in ipſum transferre. *d. l. 1. C. de ſecund. nupt.* Tertia: mulier iſta non poteſt ex teſtamentis extraneorum aliquid capere ullo titulo, heredis, legati, fideicommiſſi, &c. *d. l. 1. & N. 22. § ſed nemo extrinſecus. & § prime quidem.* Ex donationibus tamen inter vivos capere poteſt, utrectè notavit Accurſius, quia pœnæ legum per interpretationem potiùs molliendæ ſunt, quam exaſperandæ: ut eſt in *l. pœn. ff. de pœnis.* Quarta: mulier talis penitùs amittit omnia, quolibet titulo ſibi relicta à priore marito, adeò ut ne uſum fructum quidem illorum retineat *d. l. 1. & 2. C. de ſecund. nupt.* eaque bona ipſi erepta vindicantur decem perſonis, quæ edicto prætoris comprehenſæ fuerunt. *§. 1. Inſt. de bon. poſſ. & d. l. 1. C de ſecund. nupt.* Quinta & ultima: mulier talis non poteſt ſuccedere cognatis ſuis ultra tertium gradum, *d. l. 1. inf. & Nov. 22. §. & prime quidem.* Notandum quoq; ad extremum, non ſolùm mulierem ipſam, præmaturè iterantem nuptias, ſed etiam virum, qui ſciens cũ ea contraxerit, nec non eius patrem, cuius in poteſtate eſt vel fœmina vel vir, ſi nuptias tales ab eis cõtrahi vel juſſerit vel permiſerit infamiâ notari. *d. l. 1 §. 7.*

9 *qui eã. ff. de his qui not. infam.* Illud † quoq; notandũ, virũ nũon compelli obſervare hunc annum luctus: ſed nec ſponſam cogi elugere eum, qui ſponſus ipſius fuit. *l. 9. uxores. ff. de his qui not. infam.* Utriuſque eadem ratio eſt, quia hîc nullum eſt periculum à turbatione ſanguinis, neque metuendum, ne partus naſcatur incertus. Ceſſante igitur ratione legis ſeu prohibitionis, meritò ceſſat ipſa quoque prohibitio: ut docet Nicol. Eberh *in Top. in loco, à ratione legis ceſſante.*

10 Sed ſuperiores † pœnæ quibusdam caſibus remittuntur: ut I. † propter
11 indulgentiam principis, quam vulgò vocamus diſpenſationem: hoc eſt, ſi à principe impetratum ſit, ut mulieri intra annum luctus iterum nubere liceat. *l. 10 ſolet. ff. de his qui not. infam.* quam ad rem nonnulli etiam allegant *l. ult. ff. de ſenator.* in qua tamen non agitur de impetrata à principe venia nubendi citra pœnam intra annum luctus, ſed potiùs de venia nubendi viro inferioris dignitatis ſine jacturâ prioris dignitatis, quæ erat ſublimior. II. † propter ignoran-
12 tiam, facti ſcilicet non juris. Sed hæc exceptio non habet locum in ipſa muliere, quæ intra annum luctus iterum nubit; ſed in aliis tantùm perſonis, puta in parte, qui filiam ſuam denuò præmaturè collocat in matrimonium ex ignorantia: item in novo marito, qui per ignorantiam duxerit eam, quæ nondum eluxit priorem maritum *d. l. 1. §. 7. qui eam.* in verbo, *ſciret.* & verbo *ſciens*, à contrario ſenſu. *& l. 8. genero. & l. 11. liberorum §. ult. ff. de his qui not. infam.* Ubi & ratio additur, ne ignorantia puniatur, quæ potiùs excuſationem meretur; ignorantia, inquam, non juris; quæ ne in fœmina quidem toleratur, quo ad jus natura-
13 le, quod hîc verſatur: ſed facti. III. † Propter juſſum patris, cujus in poteſtate eſt is, qui talem fœminam præmaturè duxit. Venia enim dignus eſt filiusfam. qui patri obtemperavit, *d. l. 11. §. ult, de his qui not. infam.* & facit huc *l. 2. ff. de*

jure &

Digitized by Google

jure & just. & l. 6. parentes. ff. de in jus voc. cum persona parentis semper sancta debeat esse liberis, ut alibi dicitur. Sed pater ipse, qui vel jussit vel passus est ducere, ob eam rem notatur infamia *d. l. 11. §. ultim.* Dicet † aliquis: atqui, filius 14
hoc casu non debuit patri patere, *argumento l. ad ea. 157. ff. de R. I.* à contrario eius legis sensu: ibi enim non ignoscitur ei, qui obtemperaverit illi, cuius in 15
potestate est, in iis, quæ habent atrocitatem facinoris. Respondeo: Etsi † probrosum ac turpe est, jure Romano, ducere fœminam intra annum luctus, à qua melius est abstinere: tamen hoc non tàm naturâ quàm lege est prohibitum: quod vel ex eo colligitur, quia non semper idem luctui præfinitum fuit tempus. Aut si omninò pudor naturalis hîc versatur: tamen ea res non habet atrocitatem facinoris, qualem videlicet haberet stuprum vel adulterium, vel cædes, vel furtum, vel latrocinium, &c. quæ naturâ sunt turpia. *l. 42. probrum. ff. de V. S.* In talibus enim ne filius quidem patri, cuius in potestate est, morem gerere debet, sicut neque servus domino *d. l. ad ea. 157. de R. I.* IV. Excusa- 16
tur † à pœna mulier, si intra annum luctus peperit, & deinde ad secundas nuptias transierit. *d. l. 11. §. 2. Pomponius. ff. de his qui not. infam.* Ratio est, quia hoc casu etiam cessat periculum turbandi sanguinis: neque metui potest incertitudo partus, quem jam editum constat ex priori matrimonio conceptum fuisse. V. & ultimò, † addunt aliqui doctissimi viri etiam hunc casum, si 17
prior maritus defunctus talis fuerit, quem lugere non oportet more majorum, v. g si ob crimen læsæ majestatis fuerit damnata eius memoria, vel ob hæresin, vel si omninò ob aliud aliquod crimen damnatus fuerit, & in sententiâ expressum, ne sua uxor eum lugeret. Sed hæc exceptio non est vera: nam contrarium dicitur ab ipso Ulpiano *in d. l. 11. §. 1. ff. d. t.* nempe ne hanc quidem viduam posse nuptum collocari intra legitimum tempus. Etsi enim talis maritus non lugetur, neque reverentia ipsius memoriæ debetur: tamen adhuc subest altera causa impediens præmaturam nuptiarum iterationem. Ubicunque autem duæ sunt causæ alicuius prohibitionis, etiamsi una cesset aut deficiat, tamen quamdiu durat altera, durat etiam prohibitio; *argumento §. affinitatis, & ibi Dd. communiter. Inst. de Nupt.*

Quæritur autem, † an pœnæ secundarum nuptiarum, de quibus partim 18
huc usque dixi, partim plura dicturus sum in ipso capite, per Jus Canonicum sint sublatæ? Attingit hanc quæstionem etiam Bartolus *ad §. primæ siquidem. Novell. 22. de nuptiis, versicul. 3.* ubi distinguit inter pœnas, quas patitur mulier ex eo, quia nupsit intra tempus luctus, & eas quas patitur, quia non intra tempus luctus, sed extantibus liberis ex priore matrimonio iterum nupsit. Prioris generis pœnas ait esse per Jus canonicum sublatas, *c. pen. & ult. ex. de secund. nupt. lib. 4. decret. tit. ult.* Posterioris generis non item. Quæ est communis plerorumq; omnium distinctio & opinio: cuius rationem hanc assignant: quia prioris generis pœnæ tantùm contineant odium uxoris, quæ contra mariti manes peccavit festinatione nimiâ nuptiarum: cùm posterioris generis pœnæ simul contineant favorem & jus liberorum prioris matrimonii, quorum in gratiam sunt constitutæ. Sed quia hac de re plura dixi *in tra-*

Digitized by Google

Stat. differentiarum Iuris civilis & canonici lib. 2. cap. 4. ubi etiam examinavi rationem, quâ utitur Pontifex *in d. cap. pen. & ult.* sumptâ ex Apostolo Paulo *ad Rom. 7.* hic non ero longior: sufficit enim eò remisisse. Et videri potest etiam liber *de secund. nupt.* Clarissimi Collegæ nostri Dn. Scipionis Gentilis *cap. 18. prope fin.* ubi etiam tria refert ac refellit argumenta illorum, qui defendunt illam juris mutationem, quam induxit Papa *in d. cap. pen. & ult.* Ait autem ibidem, videri rem miram, quod sublatas esse velint pœnas illius mulieris, quæ plus deliquit nubendo intra annum luctus & tamen manere pœnas eius, quę minus deliquit nubendo post annum luctus, sed extantibus liberis prioris matrimonii.

19 Si quis † quærat de moribus nostris, quid circa hanc rem observetur, & quando liceat hodiè vel mulieri vel viro ad secundas transire nuptias: non possum rectiùs respondere, quàm spectandas esse cuiusque loci & regionis vel leges municipales sive constituta, vel consuetudines honestati publicæ congruentes. Nam plerisque locis Germaniæ annus quidem luctus *in l. 2. C. de sec. nupt.* præfixus viduis iterùm nubere volentibus, non amplius observatur: veruntamen neque secundum juris Pontificii dispositionem licet viduæ statim à morte mariti prioris ad secundas nuptias convolare. Allegabo hîc duas nobilissimas ordinationes matrimoniales: quarum una est Serenissimi Electoris Palatini, *t. 14.* In der Ehegerichts Ordnung: altera est inclyti Senatus Norici *in*
20 *Reformatione t. 28 l. 10.* In illa † viduæ quidem prohibentur ante lapsum decem
21 mensium iterum nubere: Vidui autem ante semestre. In reformatione † Noricâ viduæ ex priore marito non gravidæ præfinitur trimestre spacium luctus: gravidæ verò non permittuntur secundæ nuptiæ, nisi post editum partum, & sex hebdomadas puerperii exactas. His similes ordinationes aliarum ditionum & Rerumpubl. facilè observari possunt ab unoquoque & his adjungi.

22 Postremò † sub hoc capite observandum, esse & aliud genus nuptiarum secundarum, vitio immaturitatis laborans, videlicet quas contrahit mulier, quæ tutrix fuit liberorum suorum non expectato fine tutelæ. Hæc iisdem alligatur pœnis, quibus illa, quæ nubit intra annum luctus. *vide Cuiac. ad Novel. 22. in v. at præterea.* Sed de tutela matris & aviæ plura dicam loco commodiore, *infr. parte 8. de tutelis.*

23 Iisdem † quoque pœnis illa subjicitur mulier, quæ intra undecimum mensem à morte mariti parit. *N. 39. de restitutionibus, & de ea quæ parit undecimo mense*: quod tamen satis dutum ac periculosum videtur statuere, propter maximam varietatem & incertitudinem, quæ est circa tempus partus, qua de re extant doctissimorum virorum tractatus, qui in hoc argumento consuli possunt, inprimis Horatius Augenius Italus, *de tempore partus.*

CAPUT

CAPUT IV.

Adhuc de Secundis Nuptiis.

SUMMARIA.

1 *Diſtinctio nuptiarum ſecundarum non immaturarum vel feſtinatarum.*
2 *Secunda nuptiæ, (non immaturæ aut feſtinatæ) nullis exiſtentibus liberis, pœnæ nullis ſunt obnoxiæ: de Iure civili.*
3 *Secus, de Iure canonico: quod quinque argumentis oſtenditur.*
4 *Secundarum nuptiarum pœna ex Iure civili accidentalis, amiſſio dignitatis quam mulier à priore marito etiam in viduitate habuerat.*
5 *Secundæ nuptiæ, extantibus ex priore matrimonio liberis, maiore odio laborant apud legislatores.*
6 *Et quidem fœminarum magis quàm virorum.*
7 *De pœna ſecundarum nuptiarum, extantibus liberis ex priore matrimonio.*
8 *Mulier ita ſecundo nubens, amittit proprietatem rerum ex morte prioris mariti acquiſitarum, & lucrorum nuptialium.*
9 *Idem in viro.*
10 *Sine diſtinctione, à quo aut quando dos donatióve propter nuptias data fuerit.*
11 *l. 3. & l. 5. C. de ſecundis nuptiis, per Novel. 2. capit. 1. & Novel 22. capit. 23. abrogata.*
12 *Non etiam lex 7. d. t.*
13 *Quid iuris ſi parens ſuperſtes illa lucra alienaverit aut conſumpſerit?*
14 *Si lucra nuptialia conſiſtunt in rebus immobilibus, cautio uſufructuaria non præſtanda: ſecus, ſi in mobilibus.*
15 *Idem, ſi partim in immobilibus, partim in mobilibus conſiſtant.*
16 *Quid ſi mater nolit cavere?*
17 *Quid ſi liberi?*
18 *Pater cautionem uſufructuariam non præſtat.*
19 *Hypothecam quoque legitimam liberi in cæteris bonis parentis nuptias iteratis habent.*
20 *Etiam in ipſis lucris nuptialibus.*
21 *Quid ſi liberi parentibus non extiterint hæredes?*
22 *Quid ſi liberi ingrati ſint?*
23 *Quid ſi maritus uxori uſumfructum reliqueris, eaque poſtea nuptias repetiverit?*
24 *Quid ſi parens à ſecundis nuptiis abſtineat?*
25 *Quid ſi quis ex liberis prioris matrimonii fuerit mortuus?*

DIximus de Secundis Nuptiis, maximè illis, quæ immaturitatis ſeu nimiæ feſtinationis vitio laborant. Nunc porrò videndum eſt de illis, quæ non ſunt immaturæ neque feſtinatæ. Harum aliæ † contrahuntur nullis extantibus liberis ex priore matrimonio: aliæ, cum adſunt liberi prioris matrimonii. De his diverſum eſt jus conſtitutum. Nam ſecundæ † nuptiæ nullis exiſtentibus liberis non ſunt ullis obnoxiæ pœnis, jure quidem civili. Et meritò, quia neque peccatur à tali coniuge in memoriam ſive manes defuncti conjugis, neque injuria fit priori ſoboli, aut novercam inducendo, aut vitricum accerſendo. Præterea veniam potius, imò & laudem meretur deſiderium prolis, quod eſt maximè ſecundum naturam, ut aliàs latiùs patebit. 1 2

Jus

3 Jus tamen † Canonicum etiam hoc casu non existentium liberorum secundis nuptiis parùm fuit favens & æquum: quod ex his potissimum argumentis animadvertere licet: primùm enim secundis Nuptiis Pontifices denegârunt benedictionem sacerdotalem, quam primis duntaxat nuptiis adhiberi voluerunt. Et quidem presbyterum illum, qui ausus fuerit etiam secundis nuptiis benedicere, mulctandum esse sanciunt ab Episcopo suspensione ab officio & beneficio suo: quæ pœna à solo Pontifice Rom. tolli possit. *c.1.& 2.ex.de secund. nupt.& ibi Cuiac.in Recitationibus*, qui pro confirmatione illius juris allegat etiam locum S. Ambrosii *ex Comment. in 1.epist. Pauli ad Corinth. à Deo*, inquit, *pr mæ nuptiæ sunt, secundæ verò permissæ sunt: denique primæ nuptiæ sub benedictione Dei celebrantur sublimiter, secundæ autem & tertiæ* (ita enim emendat Cuiacius) *præsenti carent gloria.* Sed hoc jure hodie non utimur: nam in Reformatis Ecclesiis etiam secundæ nuptiæ non minus quàm primæ, benedictione sacerdotali dignæ habentur. Secundò bigamus non potest ordinari, sicut neque is, qui viduam duxit, quamvis ipse alioqui sit monogamus (semel maritus) *c.3.& t.t.ex.de bigam. non ordin.* Quò pertinet etiam *cap.33.tàm liberis. extr. de testib.& attestat.* Eódem pertinet illud S. Hieronymi *libr. 1. adversus Iovinianum*: quàm sancta sit bigamia, hinc ostenditur, quòd bigamus in clerum eligi non potest. Qui locus citatur à Gratiano *in can.10. quomodo. can.31.quæstion.1.* qui tamen Hieronymus videtur sibiipsi fuisse contrarius, cum alibi ita scribat: *Ego etiam nunc libera voce proclamo, non damnari in Ecclesia bigamiam, imò nec trigamiam, & ita licere quinto & sexto & ultra, quomodo & secundo marito nubere.* Quæ illius verba *ex Apologetico ad Pammachium* referuntur à Gratiano *in can.11.aperiant, d. causâ & quæst.* Sed repugnantiæ speciem ita tollit Gratianus *in connexione dictorum duorum canonum*: priora illa prolata esse ab Hieronymo ad exhortationem potiùs continentiæ vidualis, quàm quòd secundas & deinceps nuptias condemnaret. Hæc tamen pœna etiam jure Novellarum continetur, quo etiam secundæ nuptiæ officiunt illis, qui ad Clerum adspirant. *Vide Novellam vigesimam secundam, & ibi Cuiac. in versic. nono loco.* Tertiò, quæ duos habuit viros, etiamsi anus est & decrepita, & egens, Ecclesiæ stipes, id est, eleemosynas non meretur accipere Jure Canonico, *d. canon.10. versic. simulq;. caus. 31. quæstione prima.* Quæ sententia satis videtur inhumana, ne dicam crudelis. Quartò, si quis non expectato certo nuncio de morte coniugis absentis (quem omninò expectare debet ante secundas nuptias nuncium) cum alio vel alia matrimonium contraxerit, non potest alterum coniugem provocare ad officium seu debitum coniugale, (quam Paulus Apostolus τὴν ὀφειλομένην εὔνοιαν vocat, Pontifex, *carnale commercium*, item *carnalem copulam*,) sed tantùm si provocetur seu interpelletur, reddere debet. *cap.2.extr.de secundis nuptiis.* ubi & Cuiac. *in Recitat.* hoc notat. Sed ea sanctio nimis & curiosa & lasciva semper mihi visa est, parumque digna sanctitate Pontificali: addo etiam ridicula: quasi verò multum interfit, uter coniugum prior admoneat vel appellet alterum de debito coniugali, dummodò

Digitized by Google

modò id persolvatur. Et tamen Pontifices in hac, ut ipsi putabant, coërcitione quarundam nuptiarum improbandarum, ita sibi placuerunt, ut alibi quoque eam inculcârint, quod videre est *in c. 4. transmisse. extr. de eo qui cognovit consangu. uxoris, & cap. 44. extr. de sententia excommunicat.* Sic igitur de secundis nuptiis etiam non immaturis Jus Pontificium, cui tamen ferè nullæ sunt immaturæ nuptiæ, cum sustulerit pœnam, quæ Jure civili festinatis nuptiis ex prætoris edicto, constitutionibus principum confirmato, infligebatur. *l. 1. §. 7. ff. de his, qui not. infam. l. 15. decret. C. ex quibus causis infam. irrog. & l. 1. C. de secundis nuptiis.* Quæ loca corriguntur per *d. c. 1. & 2. & 1. 1. extr. de secund. nupt.*

Ex † Jure civili secundæ Nuptiæ in fœminis, quamvis liberos nullos ex priore matrimonio habeant, illud quoque afferunt incommodum, quod viduæ dignitatem & privilegia, quæ ex priore marito habebant, & retinere poterant, si in viduitate manssissent, iterum nubendo amittunt. *l. 8. fœminæ. & l. ult. in princ. ff. de senator. & l. ult. C. de bon. matern.* Quanquam, quod mulier secundi viri conditionem sequitur; non tàm fit ratione illa, quòd sic puniendæ sint secundæ nuptiæ quàm inde contingit, quia hoc fert natura justi matrimonii, ut mariti, tanquam capitis, dignitatem sequatur uxor, eiusque ut Imperatores loquuntur, radiis coruscet. Quare si vidua prius nupta inferioris dignitatis marito, posteà ad altioris dignitatis virum se applicet, illius sequetur conditionem; ut scilicet dignitas eius non minuatur sed augeatur. 4

Deinceps de secundis nuptiis videamus, quæ liberis ex priore matrimonio extantibus contrahuntur. De his observandum est initio, † tales nuptias majore odio laborare apud Legislatores, quàm quæ nullis extantibus liberis iterantur. Qui enim jam susceptis anteà liberis explevit naturale illud desiderium, & communis voti parentum compos factus est, videtur acquiescere potius debuisse in priori matrimonio, quàm affectare novum. Deinde observandum est, † fœminarum secundas nuptias majore etiam odio dignas fuisse visas, quàm virorum: majorem enim à fœminis quàm à viris castitatem atque continentiam requirunt leges: quâ de re videri potest Fr. Connanus *libr. 5. Commentariorum capit. 10.* Jam si † de coërcitione secundarum nuptiarum extantibus liberis, deque horum liberorum jure quæratur: distinguendum est inter lucra prioris matrimonii, & alia bona conjugis iterum nubentis propria. Lucra nuptialia sunt, quæcunque obvenerunt conjugi superstiti, ex priore matrimonio, sive illa sint donata propter nuptias, sive sint spōsalitia, hoc est, inter sponsas donata, sive sint donata mortis causa, sive simplici inter vivos donatione, (nam & hæc, licet regulariter prohibita inter conjuges, tamen morte donatoris vel donatricis confirmatur. *l. 31. ff. de donation. inter virum & uxorem.*) sive titulo pro herede, sive ex legato, sive ex fideicommisso acquisita. *l. 3. fœminæ. C. de secundis nuptiis. Novell. 22. §. si verò præstet.* Alia bona conjugis superstitis, quænam sint, facilè ex contrario intelligitur, quæcunque scilicet non à priore seu defuncto conjuge, sed aliunde accepit, sive quæ- 5 6 7

istis lucris non continentur. Dicam primò de pœna secundarum nuptiarum, quoad lucra nuptialia, posteà de aliis.

Igitur mulier, † si secundò nubat, ita coërcetur, ut amittat proprietatem
8 rerum donatarum, (v. g. propter nuptias) vel aliarum, quas lucrata est morte primi mariti, eamque servare cogatur liberis ex priori matrimonio, ipsa contenta usufructu illarum rerum. Idem juris est etiam in rebus, quas acceperit mater ex successione alicuius ex liberis prioris matrimonii. Cui consequens est, ut neque alienare neque obligare quicquam ex illis possit: cùm ususfructus sit jus rebus alienis utendi fruendi salvâ rerum substantiâ: nec possit usufructuarius deteriorem facere causam proprietarii, nec denique res alienæ à quoquam alienari debeant aut obligari invito domino. Quod † au-
9 tem de muliere diximus, idem obtinet etiam in viro ad secundas nuptias transeunte. *l. 5. generaliter. C. de secundis nuptiis. Novell. 2. & Novel. 22.* Nam & aliàs plerunque maritus & uxor ad patria judicantur. *argumento l. ultim. in princip. & ibi DD. C. de ind. vid. toll. & Nicolaus Eberhardus in loco à Correlativis.* Et maritus igitur, si post mortem primæ uxoris ducat aliam, cogitur servare liberis primi matrimonii, dotem, v. g. quam morte uxoris lucratus est ex pacto vel statuto, sicut & alia lucra, quæ ad ipsum ab uxore prima pervenerunt: eorumque bonorum usufructuarius tantùm est, adempta sibi facultate alienandi ea, vel obligandi. Nec interest † quicquam, sive conjunx ipse constituerit ac
10 dederit dotem vel donationem propter nuptias, sive alius quispiam eius nomine, *d. l. 5. C. de secundis nuptiis. & d. Novell. 22.* Præterea nihil interest, sive dos ab initio fuerit data, sive donatio propter nuptias in illam redacta, *d. l. 5. in princ. v. hoc observare. C. d. t.* Quod † autem permissum erat anteà tàm patri
11 quàm matri, ut possent eas res, sive ea lucra vel æqualiter dividere inter liberos primi matrimonii, vel etiam unum ex illis eligere, in quem totam substantiam conferrent, exclusis cæteris suo arbitratu. *l. 3. fœminæ. & l. 5 generaliter, in princ. vers. dividendi. C. de secundis nuptiis.* hanc facultatem inæqualiter dividendi, vel etiam omnia in unum ex liberis conferendi, Justinianus parentibus ademit, ac sustulit penitus. *Novell. 2. capit. & Novel. 22. capit. 23* unde sumpta est *Authent. lucrum. C. de secundis nuptiis.* Qua in re imitatus est Imperator Novellam Leonis & Majoriani *de sanctimonialibus & viduis*, & Novellam Leonis & Severi *de abrogatis capitulis*: quod & Cuiacius observavit *ad Novell. 2.*
12 Putârunt † nonnulli abrogari per *dd. NN.* etiam *l. 7. in quibus. C. de secundis nuptiis.* ubi similiter fit mentio electionis liberæ: sed rectè animadvertit Cuiacius, Charondas, & alii, eam legem non agere de electione matris, vel etiam patris, quâ possint uni ex liberis, cui voluerit, cedere lucra nuptialia: sed esse de filio prioris matrimonii, qui possit partem suam luctorum nuptialium per secundas matris nuptias acceptorum, in quem voluerit sive quem elegerit ex suis liberis transferre. Hæc electio ipsi per Novellas non adimitur, (sicut matri adempta est) sed relinquitur integra, adeò ut possit non tantùm suorum liberorum unum eligere & præferre cæteris, sed etiam unum ex fratribus suis, eumque præferre filiis.

Quid

Quid ergò † juris erit, ſi parens illa lucra alienaverit? vel quid, ſi ea conſumpſerit? Et quidem, ſi alienaverit: aut reſarcietur illa jactura liberis ex bonis parentis alienatoris: aut ſi inde liberi indemnes præſtari non poſſint, poterunt ea bona ſic contra leges alienata revocare à quolibet poſſeſſore, in quem fuerint translata; ne præſcriptione quidem ullà obſtante, niſi 30. annorum. *d. l. 3. C. de ſecundis nuptiis. & d. Novel. 22.* Sin autem ea lucra fuerint conſumpta à parente, tunc aut ex aliis eius bonis reſarcienda erunt prioris matrimonii liberis, aut habebunt illi repetitionē ab heredibus parentis: per conditionem ex lege: vel ex d. conſtit. *l. 5. generaliter, in princip. verſicul. itaque defuncto.* 13

Sed † quia non idem juris eſt bonorum immobilium & mobilium, in quibus lucra nuptialia conſiſtunt: diſtinctè de his explicandum eſt per veſtigia Juſtiniani. Si igitur in bonis immobilibus lucra nuptialia conſiſtant, mater, quæ illorum eſt uſufructuaria, non cogitur præſtare cautionem uſufructuariam, ſive ſatisdare de utendo fruendo arbitrio boni viri, deque reſtituenda re finito uſufruct. De qua cautione ſive ſatisdatione eſt tit. ff. *uſufruct. quemadmodum caveat.* & quæ uſque adeò requiritur à quovis alio uſufructuario, ut ne quidem à teſtatore, qui uſumfructum reliquit, remitti poſſit. Sed ſi lucra conſiſtant in rebus mobilibus, tum mater cogitur ſatisdare ſive cautionem ſuprà dictam præſtare. *l. 6. hac edictali. §. hic illud. verſicul. mobilium. & ſeqq. C. de ſecundis nuptiis.* Item *Novell. 2. capit. 4. & Novel. 22. cap. 45.* Ratio differentiæ hæc eſt, quia res immobiles non facilè poſſunt interverti vel conſumi: res verò mobiles facilè conſumuntur, vel atteruntur, vel pereunt, imò earum uſus ſæpè nullus eſt, niſi in abuſu, cujuſmodi in rebus non poteſt verus & propriè dictus uſusfructus conſtitui. Quid ſi † res partim ſint mobiles, partim immobiles, in quibus lucra nuptialia conſiſtunt? Reſpondeo: idem ſervabitur, quod obtineret, ſi utriuſque generis bona ſola eſſent ac ſeparata, videlicet ut de mobilibus quidem caveat mater, (vel ſatisdet) de immobilibus cavere non cogatur. *d. Novell. 2. cap. 4.* Quid ſi † mater nolit cavere? Reſpondeo: tum cavebunt liberi 1. ſe quotannis matri ſoluturos uſuras trientes pecuniæ ſive pretii, quo res illæ ſunt æſtimatæ. 2. ſe, ſi ante matrem moriantur, res illas, earumvè pretia, matri reſtituturos. *d. l. 6. §. hic illud. C. de ſecundis nuptiis.* Quid ſi † neque mater ſatisdare velit, neque liberi? Si, inquam, utraque pars iſtam cautionem uſufructuariam recuſet: vel contrà, ſi utraque pars eam præſtare parata ſit? Reſpondeo: mater liberis præferetur. 14 15 16 17

Sed hîc † notanda eſt inſignis differentia inter matrem & patrem. Etſi enim in eo conveniunt, quod ad ſecundas nuptias tranſeuntes amittunt proprietatem lucrorum prioris matrimonii, quam reſervare coguntur liberis, ipſi tantùm uſumfructum habentes: tamen in cautione differunt: pater enim uſufructuarius ſatisdare non cogitur, ſicut mater, ut ita melioris ſit conditionis hac in re pater quàm mater. *d. l. 6. C. de ſecund. nupt. & l. cùm non ſolum. 6. §. ubi. & §. procul dubio. C. de bon. quæ liber.* Ratio eſt de patre, quia exactio illa ſatisdationis contraria eſſet reverentiæ, quam liberi debent patri. Etſi enim matri 18

quoque reverentiam debent liberi ac pietatem: tamen de patre majorem fiduciam habuerunt legislatores, quàm de matre: cùm major quoque sit prudentia in maribus quàm in fœminis: & alibi dicitur; Nullum esse affectum, qui vincat paternum. Accedit & illa ratio, quod mater non habet liberos in potestate sicut pater. §. *fœmina. Inst. de adopt.* Quare etiam patria potestas non admittit, satisdationem ab eo præstari liberis, quos in potestate habet: sicut etiam eandem ob causam judicium inter patrem & filium fam. consistere non potest.

19 Non solùm † autem cautione hac usufructuaria quibusdam casibus prospectum voluit legislator liberis prioris matrimonii, ut jam dictum: verùm etiam hypothecâ legitimâ, quam ipsis dedit nomine illorum lucrorum in bonis cæteris utriusque parentis. *l. 6. hac edictali. §. omnibus. & l. 8. si quis prioris. C. de secundis nuptiis.*

20 Quæritur † autem, an etiam in ipsis lucris, quorum proprietas ad liberos spectat Jus hypothecæ habeant? Et verius est habere. Nec obstat, *l. 45. neque pignus. ff. de R. I.* quia regula illa locum habet in re, quæ cujusque est propria pleno jure: in his non potest quis ipse habere jus pignoris vel hypothecæ. At res illæ non sunt liberorum plenojure propriæ, cùm ususfructus sit parentis. Plura de hac hypotheca videri possunt, cùm apud alios, tùm apud Dn. Gentilem, *cap. 14. libelli de secund. nupt.*

21 Quid si liberi † parentibus heredes non extiterint? Respondeo: tuncetiam servanda est ipsis proprietas illorum bonorum, q: honore quodam præcipuo & privilegio: quæ est notabilis ampliatio ad superiora ex jure novissimo, *Novellæ scilicet 22. cap. 23. & 26.* unde desumpta est *Auth. hæres lucro. C. de secund. nupt.* Quæ iccircò inserta est *l. quintæ post §. in his eod. t.* quia illi juri per eam derogatur. Quod & Cuiac. monuit *in d. Novell. 22. pag. 171. edit. Coloniensi.*

22 Ex eâdem † Auth. & Novell. simul etiam notanda est exceptio sive limitatio: nempe nisi liberi fuerint ingrati, & probata ipsorum ingratitudo. Tunc enim tanquam indigni beneficio legum, privantur proprietate bonorum, quam aliàs habuissent, parente ad secundas nuptias transeunte. Et hoc est, quod ait Imp. *cur enim præmium ullum is detur, qui parentes aliqua injuriâ affecerunt?* Sed an ingrati liberi, ut hoc beneficio priventur, à parente exheredandi sunt? Et tametsi Cuiac. *ad Nov. 22.* hoc casu necessariam esse exheredationem putaverit: tamen verius videtur etiam absque exheredatione posse liberos ingratos proprietate suâ privari: quia nusquam Imperator requirit exheredationem in hoc quidem casu. Sufficit igitur objici ipsis ingratitudinem ac probari, sive accesserit exhæredatio, sive non. Alia res est, si agatur de liberis ab omni parentum successione excludendis: Ibi namque exheredatio necessaria est. *t. t. Instit. de exhered. liber.*

23 Quid si † maritus uxori usumfr. reliquerit, eaq; postea nuptias repetiverit? De hac re videnda est *l. unica. C. si sec. nupt. mul.* & *Auth. hoc locum habet.* subjecta eidem legi, *ex N. 22. c. 32.* Summa ejus juris ac distinctio hæc est: Maritus uxori usumf aut legavit in rebus suis, mariti, inquam, propriis; idque vel purè & absolutè, vel hac adjectâ conditione, ut per secundas nuptias ususfr. interiret.

De priore

Digitized by Google

De priore casu ita jus est hodiè, ut mulier per secundas nuptias eum usumfr. non amittat quem vir per constit. *d. l. unica* hodiè abrogatę, amitteret. Posteriore verò casu certum est usumfructum amitti secundis nuptiis, & per *d. l. unic.* & multò magis per *d. Auth. Hoc locum habet*, sive per *Nov. 22.* Et ratio est, quia sicut donator, ita & testator legans aliquid cuipiam, potest rei suæ quam vult, legem adiicere; eaque lex est custodienda. Aut maritus aliquid disposuit circa usumfructum dotis vel donationis propter nuptias: & siquidem ea dispositio congruat cum lege quæ superstiti conjugi tribuit usumfructum lucrorũ prioris matrimonij, valebit. sin autem aliquid contra legem eam ordinaverit, nempe ut deroget ei vel adimat eum usumfructum conjugi superstiti; non valebit dispositio. Neque enim potest cuiquam adimi jus ipsi competens vi ac beneficio legis: & nemo potest efficere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. 55. nemo potest. ff. de leg. 1. & l. 13. C. de testament.* Plura de uxore usufructuaria à marito relicta videri possunt apud Cujacium *ad d. Nov. 22. pag. 178. vers. sequitur aliud genus.* & Dn. Gentilem *cap. 15. d. libelli de secund. nupt.* Quæ hîc non compilabo.

Quid si † parens à secundis nuptiis abstineat, & in viduitate permanserit? 24
Resp. abstinentes à secundis nuptiis tàm pater, quàm mater, cæterique ascendentes habent proprietatis portionem pro numero liberorum, quam vulgò vocamus Kindertheil/sive portionem filialem. *Nov. 127. c. 3.* unde sumta est *Auth. si tamen abstineat*, C. *de secund nupt.* per quam Auth abrogatur & *lex 5 generaliter §. ult.* & *l. 8. si quis prioris §. 1. C. de sec. nupt.* Anteà enim quàm inconstans legislator noster aliud constitueret, *in d. Nov. 127.* parens in viduitate perseverans in solidum obtinebat dominium earum rerum, (non proportione filiali) nempe ut posset eas pro arbitrio suo alienare vel administrare.

Quid † si quis ex liberis prioris matrimonii fuerit mortuus quinam & quã- 25
do ei succedent? De hoc argumento satis difficili explicabimus infrà *parte seu classe 7* quam successionibus ab intestato destinavimus. Etsi enim hoc quoque caput cum aliis secundarum nuptiarum juribus in Novellis tractatur per mixtim: tamen præstat fortassis unumquodque suo loco reservari.

CAP. V.

Quid juris sit de bonis propriis conjugis nuptias iterantis.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Summa capitis: Conjunx superstes nuptias iterans non potest ex suis bonis novo conjugi plus dare aut relinquere, quam uni ex liberis, cui minimum tribuit.*
3 *Objectio ex l. 18 C. de donat. nupt. soluta.*
4 *Alia objectio ex rat. tit. ff. de donat. inter vir. & uxor. soluta.*
5 *Parens superstes res suas in secundum conjugem titulo oneroso transferre potest: nisi in fraudem legis.*
6 *Tempus mortis inspiciendum in inquirendâ quantitate bonorum parentis nuptias iterantis.*
7 *L. 19 vers. excepto. C. de donat. ante nupt. conciliatio.*
8 *Æquè competit actio liberis quibus nihil relictum: ac quibus minus relictum quam debebat.*

bebat.

9 *An liberi quibus nihil relictum à parente nuptias repetente, una actio revocatoria sufficiat?*

10 *Parens nuptias iterans alicui ex liberis suis posterioribus plus donare aut relinquere potest, quàm alicui ex liberis prioris matrimonii.*

11 *Quid si plus fuerit datum aut relictum secundo coniugi quàm uni ex liberis primi matrimonis, cui minus vel minimum est datum?*

12 *L.9. C. de secund. nupt. quatenus per subiectam Authent. Eas solos sive Nov.22. correcta sit?*

13 *Nov.22.c.29 conciliatio.*

14 *Vetile per inutile non citiatur.*

15 *Quid si parens bona sua inæqualiter inter liberos distribuerit?*

16 *L.6.C de secund.nupt. statuto quoque Norimbergensi reperita.*

17 *Legis sextæ C. de secund nupt. §.9. finalis, correctus per Nov.127.*

---

1 POstquam † vidimus, quo pacto coërceantur secundæ nuptiæ quòd ad bona, quæ ex lucris nuptialibus, aut aliter à priore conjuge obvenerunt superstiti, & nuptias iteranti: proximum est, ut exponamus, quomodo vir aut mulier ob secundas nuptias in bonis propriis ac

2 suis extantibus liberis primi matrimonii coërceantur. Summa † hæc est: quòd vir aut mulier ad secundas nuptias transgressus transgressáve non possit ex suis bonis ullo titulo neque inter vivos, neque in ultima voluntate dare aut relinquere novo conjugi, plus quàm contulerit in unum ex liberis prioris matrimonij: & si inter hos inæqualis facta sit à parente divisio bonorum (quæ quidem inæqualitas parentibus est permissa, *l.8. parentibus C. de inoffi. test. l. ult. C. famil. ercisc. cum similibus*, tametsi suadeatur iis dem tàm à legislatoribus quàm à sanctis Patribus, ut vitandæ inter fratres ac sorores invidiæ ac dissensionis causâ, servent potius æqualitatem. Qua de re insignis extat locus apud S. Ambros. *lib. 6. in opere sex dierum*, translatus ex Basilio Magno) quòd non possit in secundum conjugem plus conferre quàm acceperit ille ex liberis, cui portio minor ex bonis parentis attributa sit, *l.6. hac edictali. C. de sec. nupt. Nov. 22. c. 27.* sive §. *optimè*. ubi hanc quæstionem Leonis Justinianus nominatim laudat & confirmat. Nam ut aliàs dixi in Novellis non semper jus novum affertur, sed sæpè priora jura ac leges stabiliuntur, repetuntur, & confirmantur. Non potest igitur mater, verbi gratia, vitrico liberorum primi matrimonii plus dare vel relinquere, neque per testamentum scriptum vel nuncupativum, neque per codicillos, neque jure heredis, neque titulo legati, neque per fideicommissum, neque per donationem causà mortis, neque per donationem propter nuptias, vel dotem, neque per donationem simplicem ac meram inter vivos: plus, dico, quàm alicui ex liberis cui minus reliquerit dederitvè: *d.l.6. & d. Nov.22* verbi gratia, mater, cum haberet liberos ex priore marito quatuor, primo dat 300. secundo 250. tertio 200. quarto 150. tantùm: marito autem secundo vult relinquere etiam 300. Non valet ista donatio, vel quomodocunq; appelles: quia nō potest ei plus quàm 150. relinquere: tantum enim est, quod uni ex liberis dedit, cui minimum reliquit.

3 Sed hìc removenda sunt nonnulla, quæ obstare videntur: ut, primùm † objicitur *l.18. si liberis. C. de donation. ante nuptias.* ubi Imp. Zeno ait, neque patrem ex dona-

Digitized by Google

ex donatione propter nuptias, neque matrem ex dote ſua compelli quicquam ſervare liberis prioris matrimonii, ſive ad ſecundas nuptias migraverit, ſive nō migraverit. Reſp. hoc ita demum verum eſſe, ſi pater vel mater alia præter donationem propter nuptias vel dotem habeat bona, de quibus tantum præſtare poſſit vel præſtiterit liberis primi matrimonii, quantum novo conjugi dederit vel reliquerit. Si autem præter dotem nihil habeat in bonis mulier, aut ſi nihil præter donationem propter nuptias pater; hoc caſu virilem duntaxat portionem inde in ſecundum conjugem conferre poteſt: quam Accurſii conciliationem, etiam Cujacius probat *ad d. Nov. 22. p. 176. edit. colon.* Secundò, † ei 4
quod dicitur de donatione inter vivos factâ à conjuge ſecundo conjugi, obiici poteſt, cùm iſtud genus donationum alioqui ipſo jure nullum ſit inter virum & uxorem, *t. t. ff. de donat. inter vir. & uxor.* non fuiſſe opus novâ illâ prohibitione, *d. l. 6.* quæ planè, quò ad hoc quidem caput, ſupervacanea eſſe videtur. Sed reſpondeo non eſſe ſupervacaneam *in d. l.* prohibitionem, etiam hujus donationis, quam conjunx conjugi facit inter vivos, idque ideò, quia morte conjugis donatricis vel donatoris, in eadem voluntate perſeverantis alioqui convaleſcit donatio. *l. 32. cum hic ſtatus. ff. d. t. de don. inter vir. & uxor.* eòque reſpexit ipſe Imp. Leo *in d. l. 6.* eamque dubitationem diluit.

Porrò quia ex *d. l. 6.* hac edictali, reſultant aliquot pulcherrimæ & utiliſſimæ quæſtiones, operæ precium videtur eas ordine & proponere & explicare: ſed breviter.

Primùm ergò quæritur: † An non poſſit parens in ſecundum conjugem 5
res ſuas titulo aliquo, ut vocant, oneroſo transferre, puta, venditionis, locationis, permutationis, mutui, &c? Et reſponoendum poſſe: ita tamen, ne quid fiat in fraudē dictæ conſtitutionis. verbi gratia, ne fortè venditio ſit imaginaria vel colluſoria, uno videlicet nummo facta: *d. l. 6. § ſin verò*, in verbis: *omnem circumſcriptionem procul amovemus, quocunque modo fuerit excogitata, &c.* Quam ob cauſam, ne videlicet fraus fiat legi, prohibita quoque eſt donatio per interpoſitam perſonam facta. *d. l. 6. § ſin verò*, in verbis: *per interpoſitam perſonam.* Et *Nov. 22. §. optimè.* facit huc. *l. ſi is qui bonis. 91. ff. de acquir. hereditate.* & *l. auferetur. 46. §. quod à præſide. 2. ff. de jure fiſci.* & *l. impuberem. 22. §. ſi ei, 1. ff. ad l. Cornel. de falſ.* & *l. & ſi is qui. 10. ff. de diſtr. pign.* Nam neque directò, neque obliquè quicquam contra leges faciendum eſt.

Secundò quæritur de tempore: † quodnam ſit inſpiciendum tempus in 6
quantitate ineunda bonorum parentis, ſecundas nuptias contrahentis? Et definit Juſtinianus, tempus mortis ſpectandum eſſe, non matrimonii ſecundi, nō etiam teſtamenti, non donationis, non aliarum ſpecierum alienationis. Quod magnum habet effectum in diminutione vel augmento bonorum poſteà contingente: ut eleganti exemplo declarat Cujac. *ad d. Nov. 22. p. 175. & ſeq.* ſimiliter etiam in ratione legis Falcidiæ ponenda & aliis plerisque cauſis ſpectandum eſt tempus mortis, non quod poſteà ſupervenerit: ut admonet rectiſſimè *ibid.* Cujac. per *l. in quantitate. 73. ff. ad l. Falc.* & *§. quantitas. Inſt. de L. Falc.* Nec obſtat
† *l. 19. ſi conſtante. verſ. exceptis. C. de donat. ante nupt.* ubi ſpectatur tempus dona- 7
tionis,

tionis, non mortis. Agit enim ea lex de diminutione dotis, vel donationis propter nuptias constante matrimonio, quæ fieri non potest à parente, qui nuptias iteravit extantibus liberis primi matrimonii ne qua videlicet fraus fiat *dictæ legi 6. hac ed Ital.*, aut ne qua machinatio adversus liberos. Vide etiam § *de augmentis. d. Nov. 22.*

8 Tertiò, † quid si matre in secundo matrimonio mortua intestatò, & relictis liberis primi matrimonii secundus maritus sive vitricus lucretur dotem, vel ex pactis dotalibus, vel ex statuto, vel ex cõsuetudine loci: nec mater quicquam in bonis relinquat præter dotem, poterúntne liberi agere contra vitricũ ex *d. l. 6?* Resp. Omninò possunt agere: nam illis quoque minus relictum rectè dicimus, quibus nihil est relictum: nam appellatione minoris etiam id quod nihil est continetur, & minus soluit etiam qui nihil soluit. *gl. in l. illud. 7. § si cuius. 2. ff. de tribut. act. & l. minus. 32. ff. de V. S.*

9 Quartò, † si liberis nihil relictum sit à parente nuptias repetéte, poterúntne liberi petere à vitrico, vel Noverca primò legitimam suam, & deinde divisionem reliquorum bonorum inter se & vitricum vel novercam æqualiter faciendam? an verò contenti esse coguntur una actione revocatoria, qua repetant à vitrico vel noverca id quod plus acceperit? Circa hanc quæstionem notanda est dissensio Accursij & Bartoli. Nam Accursius voluit unam hanc sufficere liberis actionem, (ad revocandum scilicet) ut legitima quasi confundatur cum reliqua bonorum substantia, quæ inter liberos sit dividenda: quam sententiam etiam Jacobus de Ravenna, & Jacobus de Butrio amplexi sunt. Bartolo autem prior sententia placuit, videlicet liberis legitimam suam præcipuam esse oportere. Etsi autem hæc opinio Bartoli videtur favorabilior & utilior liberis, quæ & communi calculo approbata est: tamen alteram sententiam veriorem & juri magis consentaneam esse puto. Neque per eam læditur jus liberorum, quod ex *d. l. 6. hac edictali.* ipsis competit. Sed de hac controversia vide etiam Jac Menochium. *consil. 76. n. 13.*

10 Quintò: † Quid si parens etiam in secundo matrimonio susceperit liberos, cùm haberet ex primo, & alicui ex posterioribus liberis dederit aut reliquerit plus quàm alicui ex liberis prioris matrimonii; valebitne donatum aut relictum? Omninò valebit *Nov. 22. § vel cap. penult.* quæ tamen donatio, si privigno fieret, non valeret ut supra dictum. Ratio differentiæ, cur, inquam, uni ex communibus liberis posterioris copulæ plus dari vel relinqui possit à parẽte, non autem possit privigno, hæc est, ut Cujacius quoque animadvertit, quia in liberis communibus propter affectum paternum vel maternum cessat præsumtio fraudis, quæ certè subest in donatione facta privigno. Nam parens, qui quæve privigno suo donat, videtur ipsi secundo conjugi donare in fraudem legis interpositâ personâ. quod fieri non licere supra dixi.

11 Sextò: † Quid ergò fiet si plus datum vel relictum fuerit secundò conjugi, quàm uni ex liberis primi matrimonij, cui minus vel minimum est datum? Resp. non quidem tota donatio fiet irrita, sed tantùm quoad summam excedentem, sive quo ad superfluum, (quod Græci ὑπερόχην.) Id enim quod excedit, habebitur.

Digitized by Google

bebitur pro eo ac si non fuisset datum vel relictum: in summa habebitur pro non scripto, proindeque revocabitur per condictionem ex lege, & inter liberos primi matrimonii ex æquo dividetur, *d.l.6.hac edictali. vers. sin verò plus. C. de secund.nupt.* Hi namque immeritò à suorum majorum hereditate repelluntur, & tanquam indigni legum beneficio habentur. Dixi inter liberos primi matrimonij fieri divisionem: sed obstat † *l.9.quoniam præterea. C. de sec.nupt.* ubi di- 12
sertè constituit Justinianus, ut omnia, quæ sic revocantur non solùm ad liberos prioris matrimonij, sed etiam ad eos, qui ex secundis nuptiis fuerint nati, pertineant. Obstat quoque autoritas Juliani, qui eandem sententiam retulit *in suam epitomen Nov.22.* Resp. Quod ad *l.9.* attinet, ea correcta est per *Nov.22.* quâ Imp. rediit ad jus quod fuerat ante *d.l.9.* id est, confirmavit *l.6.hac edictali. C. de secun.nupt.* ut aliis quoque in articulis juris fecit. Quæ ex N. sumta est *Auth. ad eos solos. C. de sec.nupt.* Quæ clausula sic *ad finem d.l.9.* appositа, est subobscura: ut nescias quorsum relatio facienda sit, sive quos debeas intelligere *eos solos.* Puto autem ab Irnerio potius ascriptam fuisse ad marginem *d.l.9.* juxta illa scilicet verba *ad solos filios vel filias ex anteriore matrimonio natos, &c.* Quo facto omnia erunt planissima. Quod autem additur in eadem Auth. portionem unius ex liberis primi matrimonij præmorientis deferri ad eius sobolem; hoc ad jura successionum & transmissionum pertinet, de quibus alibi tractabitur, *infrà nonâ classe.* Quod verò attinet ad Julianū, tametsi ille Justiniano fuit coætaneus, tamen autoritas ipsius tanta non est, ut Imperatoris quoque constitutionem vincat. Rursum non obstat † *d.Nov.22.caput 29.* seu §. *nec illud quoque:* ubi 13
admittuntur liberi secundi matrimonij cum liberis primi: ille enim §. de diverso casu loquitur, non de nostra quæstione: quod satis patebit ipsum inspicienti textum. Manet igitur, quod hodiè tantum liberis primi matrimonii competat jus revocandi, & inter se dividendi ea, quæ in secundum conjugem collata sunt supra legitimum modum: qua de re videatur etiam Bartolus *ad §. optimè. c. 27.d.Nov.22.* Quod autem dixi, † non in totum irritam esse aut rescindi hanc 14
alienationem in secundum conjugem factam, sed tantùm quòad superfluum, sive id quod excedit: ei simile est, quod nec donatio inofficiosa vel immensa in totum rescinditur, sed tantùm pro parte, quatenus scilicet excedit. Similiter etiam donatio major quingentis aureis non insinuata apud acta, ut alibi explicatur, *Inst. de donation. &c.*

Dixi, etiam hanc superflui divisionem ex æquo fieri inter liberos. Quid † au- 15
tem, si parens bona sua inæqualiter inter liberos distribuerit? (id quod licere parentibus, quamvis non semper expediat jam suprà docui ex *l.8. C. de inoff. testamento, & l.fin. C. fam. ercisc.*) quæ septima nobis sit in ordine quæstio. Resp. Nihilominus etiam hoc casu æqualiter fieri debere divisionem illius superflui à vitrico, vel noverca ablati.

Atque hæc in præsentia sufficiat dixisse, de coërcitione secundarum nuptiarum, *ex l.6.hac edictali.* quam & confirmat Imp. *in d.Nov.22.* Ut autem appareat, di constitutionem nostris quoque moribus observari: operæ precium fore arbitratus sum, adscribere hoc loco ad finem hujus capitis ipsa verba † Reformationis 16

mationis Noribergenſis, quibus planiſſimè exponitur ſententia *d.l. 6.* Eſt autem *lex 8. ſub t. 28.* Von Heyrathen/cujus hæc ſunt verba: Wieviel/die zur andern Ehe greiffen / vnd Kinder haben/den andern Ehegenoſſen vermachen mögen: So das bleibend der Ehe / nach abſterben ſeines Ehgenoſſen ſich wider verheyrahtet / ſo offt ſich das gebe / vnd abſteigende Erben / auß voriger Ehe verhanden weren: ſo ſoll daſſelbig bleibend der Ehe/nit macht haben ſeinem andern Ehgenoſſen / es ſey durch Heyrath geding/geſchäfft/geſchick/oder vbergab auff den Todtsfall oder Leben geſtellet/mehr zuvermachen/zuverſchaffen / oder zubergeben / Dann als viel einem Kind auß erſter Ehe/oder den Eincklein (die an ſtatt jhrer Vätter vnd Mütter für ein Perſon zurechnen) werden mag/ꝛc. vide plura *d. loco.* Concordat etiam §. *ult. l. 6. t. 33.* cujus hæc ſunt verba: Würde aber ſolch Heyrath geding / verſprechen / vbergab/ oder geſchick / einen Kindstheil vbertreffen / ſo iſt es von vnwürden vnd vnkräfftig/ vnd wird die Vbermaß vnter die Kinder auß erſter Ehe getheilet/ꝛc.

Sunt & alia *d. l. hac edictali.* capita, quæ diligenter explicat Cujac. partim *ad*
17 *Nov. 2.* partim *ad Nov. 22.* quò recurri poteſt. Illud tantùm admoneo † *ad* §. *ult. eius d. l.* ubi parentibus, qui à ſecũdis nuptiis abſtinent, permittitur libera alienatio bonorum, quæ à priore conjuge accepit, quemadmodum etiam *in* §. *ult. l.*
5 *C. d. t. de ſec. nupt.* id jus hodiè non obtinere, niſi quoad portionem filialem, quæ pleno jure ad talem conjugem pertinet, per *Nov. 127.* Itaque *Auth. ſi tamen abſtineat*, quæ *d. l. 5.* eſt ſubjecta, debebat etiam repeti poſt *l. 6.* §. *ult.* ut lector ſtatim intelligeret, hoc jus correctum eſſe.

CAP. VI.

De reliquis ſecundarum nuptiarum pœnis & coercitionibus.

SUMMARIA.

1 *Mulier iterùm nubens prioris mariti dignitatem amittit.*
2 *Mater iterum nubens, priorum liberorum educationem amittit.*
3 *Mater nuptias iterans, regulariter non poteſt revocare donationem a liberis ingratis.*
4 *Mater tutrix non redditis rationibus alteri nubens, amittit ius ſuccedendi liberis.*
5 *Vitrici bona privignis iure tacita hypotheca obligata ſunt.*
6 *Pater nuptias iterans pro legato vel fideicõmiſſo liberis relicto cautionem præſtare tenetur.*
7 *Coniunx iterùm nubens legatum ſub hac conditione relictum, Ne iterum nubat, amittit.*
8 *Secunda nuptia clericatui officiunt.*
9 *Moribus aut ſtatutis quorundam locorum pater nuptias iterans inventarium conficere, & liberis tutores conſtituere cogitur.*

EXpoſui huic usque præcipuos modos ſecundarum nuptiarum coërcendarum, qui in Codicæ & Novellis continentur, ſive extent liberi ex priore matrimonio, ſive non extent. Sub hoc caput coniiciemus alias quasdam pœnas; quas breviter tantùm commemorabo ſe-
1 cutus veſtigia Johannis veteris ſummiſtæ, & Jac. Cujacii. Igitur † mulier iterum nubens ita punitur, ut amittat prioris mariti dignitatem, quam potuiſſet retinere, ſi vidua permanſiſſet, *l. fœmina. 8. ff. de ſenator. l. cum te. 10. C. de nupt. l. filii*
2 *22* §. *1. ff. ad municipal. & §. non tamen. Nov. 22.* Præterea † licet filii relinquerentur

Digitized by Google

rentur apud matrem educandi, quam diu manſiſſet vidua: tamen poſt ſecundas nuptias ab ea auferuntur. *§. jucundum. c. 37. d. Nov. 22.* Quod olim non obtinuiſſe obſervat Cujacius *ex Liv. lib. 39.* ubi pupillus etiam ſub tutela matris & vitrici educatus ſcribitur. Sed hæc pœna moribus noſtris ferè ubique ſublata eſt, & re linquuntur liberi apud matrem, etiamſi nuptias iteraverit. Ad hæc † mater ſecundò nubens non poteſt revocare donationem à liberis ingrais, niſi tribus tantùm caſibus, qui exprimuntur *in Auth. quod mater. C. de revoc. donation.* 3

Prætereà † mater, quæ tutelam geſſit liberorum, & non petitis aliis tutoribus, non etiam redditis rationibus, alteri nupſit, ita punitur, ut amittat ſucceſſionem tàm legitimam, quàm teſtamentariam in bona liberorum, quibus ita malè conſuluit. 4

Prætereà † etiam vitrici bona omnia jure tacitæ hypothecæ obligata ſunt ipſis privignis. Hac de re videantur iſtæ ll. *l. 2. C. quando mul. tut. off. fung. poſſ. l. ſi mater. 5. C. in quibus cauſis pign. vel hypothec. contrah. l. omnem. 6. C. ad Senatuconſultum Tertull. & l. ſciant. 10. C. de legit. hered. denique. §. ſi vero tutelam. c. 40. d. Nov. 22.* 5

Inſuper, † ſi pater filio cautionem præſtare debeat pro legato vel fideicommiſſo, quod filio fuerat relictum ab alio: non aliter eam facere tenetur, quàm ſi convolaverit ad ſecundas nuptias. *l. jubemus. 6. C. ad Senatuconſultum Trebell. & § plus quoque. d. Nov. 22.* 6

Prætereà † punitur conjunx nuptias iterans in eo, quod ſi quid fuerit relictum, ſive à conjuge defuncto ſive ab extraneo, ſub hac conditione, ne iterùm nubat: nubendo amittit legatum quocunque modo relictum: non nubendo accipit legatum, ſed præſtitâ cautione vel juratoriâ vel fidejuſſoriâ; quæ dicitur in jure cautio Mutiana. *vide §. quæ verò. c. 43. cum ſeqq. uſque ad § & quia parum. d Nov. 22.* quam cautionem explicat Cujacius *ſub fin. d. Nov. 22.* 7

Poſtremò, † quo pacto ſecundæ nuptiæ officiant illis, qui ad Clerum aſpirant, vide apud eundem Cujacium: & dixi ſuprà *in parte prima de jure ſacro, ad Nov. 6. & Nov. 123. cum ſimilibus.* 8

Superioribus omnibus ſecundarum nuptiarum pœnis adjungimus etiam † ex moribus noſtris quarundam regionum, quod pater ad ſecundas nuptias tranſiens non ſolùm cogitur deſcribere omnia bona ſua ſive Inventarium facere, ſed etiam liberis prioris matrimonij conſtituere tutores, non tàm ut adminiſtrent illa bona, quæ ad liberos pertinent (hanc enim adminiſtrationem pater etiam poſt ſecundas nuptias retinet) quàm ut ſint honorarij quidam tutores & obſervatores actuum paternorum. Hoc tamen non ubique in Germania obſervatur, & fortaſſe non ubique conſultum eſſet hanc diffidentiam inter parentes & liberos ſerere, & velut armare liberos contra proprios parentes, quorum in poteſtate ſunt, nec eſſe deſinunt, etſi pater ſecundam vel tertiam ducat uxorem. 9

CAP. VII.

De modis solvendi matrimonii. Ad Nov. 22. c. 4. cum multis seqq. & ad N. 117. cum Nov. 140 quæ tamen est Justini I.I.

SUMMARIA.

1 *Matrimonium quo sensu individuam vitæ consuetudinem continere dicatur.*
2 *De ratione ordinis.*
3 *Matrimonium facilius contrahitur quàm solvitur.*
4 *Matrimonium non quibuscùs, sed certis, ex causis solvitur.*
5 *Repudii duplex significatio: generalis, & specialis.*
6 *Distinctio modorum solvendi matrimonii.*
7 *Matrimonium olim etiam solo consensu mutuo dissolvi potuit: hodiè non potest.*
8 *Matrimonii bonâ gratiâ dissolvendi causæ quatuor.*
9 *De Monachismo.*
10 *De Impotentia, seu Viri seu mulieris: atque inibi etiam de sterilitate.*
11 *De captivitate: atque inibi de militiâ, & desertione.*
12 *De servitute.*

1 ET si matrimonium † individuâ vitæ consuetudinem continere dicitur, *l. 1. ff. de ritu nupt.* quia scilicet hoc animo & hoc voto à conjugibus contrahitur, quasi nunquam solvendum sit: tamen aliquot sunt modi, quibus dissolvitur. Usque adeò verum est, quod ait Imp. *in d. Nov. 22. c. 3. Eorum, quæ in hominibus subsequuntur, quicquid ligatur, solubile est.* Quò facit etiam *l. 35. ff. de R. I.* De his igitur modis deinceps cognoscendum est, quid Imp. noster in Novellis constituerit. De † ratione ordinis initiò admonendum, Imperatorem quidem *in d. N. 22.* priore loco de his agere, & posteà demùm de secundis nuptiis. Sed nos ideò de secundis nuptiis prius agere maluimus, quia tractatio de modis solvendi matrimonii æquè pertineat ad secundas, atque ad primas nuptias. Priùs autem est ut de contrahendis tàm secundis quàm primis nuptiis agatur, quàm de dissolvendis. Qua in re etiam secuti sumus ordinem titulorum Codicis *lib. 5.* Deinde † hoc quoque præmittendum est, matrimonium facilius contrahi posse quàm dirimi: solutionem enim matrimonii difficiliorem esse debere, favor imperat liberorum: ut ait *l. 8. consensu. in pr. C. de repud.* Tertiò † præmitto, matrimonia non passim, neque temerè dissolvi posse, sed tantùm ex causis legitimis sive à lege permissis. *d. l. 8. § 1.* Quartò, quia in hoc tractatu nonnunquam habenda erit mentio repudii & divortii. Sciendum est † repudii nomen aliàs generale esse, aliàs speciale: generali significatione repudia dicuntur tam matrimoniorum quam sponsalium diremtiones: quo modo usurpatur in t. C. de repudiis. Speciali verò significatione repudium opponitur divortio, ut *in tit. ff. de divort. & rep.* & propriè denotat diremtionem sponsaliorum. Sicut divortium est separatio conjugum. Hac de re vide etiam Cujac. *in parat. C. tit. de repud.*

His ita præmissis, nunc ad ipsos modos dirimendi matrimonii accedamus. 6 † Horum alii contingunt vivo utroque conjuge alii morte alterius, vel etiam utriusque. Prius ergò videamus, quomodo inter vivos matrimonia solvantur. Inter vivos, qui contingunt modi, vel dicuntur bonâ gratiâ fieri, vel interveniente

zed by Google

niente repudio, sive libello repudii, qui *in Evangel. Matthæi capit. 19.* dicitur ἀποστασίου βιβλίον. Utriusque generis certæ sunt causæ. Etsi † enim bonâ 7
gratiâ dissolvi olim potuit matrimonium etiam sine ulla causa, tantùm communi consensu, sive potius dissensu, utriusque conjugum, ex constit. Anastasij *in l. 9. si constante C. de repud.* nonaliter scil. quàm ab emptione recedere licet mutuo consensu rebus integris vel in integrum restitutis. §. *ult. Inst. quib. mod. obl. toll. l. 58. ab emptione. ff. de pact. l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. discedere*: tamen hoc prohibuit Justinianus *in Nov. 117. c. 10.* unde sumpta est *Auth. quod hodie. C. de repud.* Et rectè: non enim illa licentia Judaica repudiorum inter Christianos admitti debere visa est: quamvis Justinus secundus *Νοv suâ secundâ*, ut consensu matrimonium solvi possit. quæ inter Novellas Justiniani relata est, *num. 140.* abrogavit patris sui adoptivi constitutionem *in d. N. 117.* comprehensam: exponens rationes, propter quas non potuerit observari illa prohibitio quantumvis fuerit laudatissima, & optimo studio legislatoris erga matrimonium excogitata & promulgata. Sed omissâ hac Justini Novellâ, ad Justinianum redeamus.

Ab hoc † igitur bona gratia dissolvendi matrimonii causæ approbatæ sunt 8
istæ quatuor: 1. monachismus, seu vitæ solitariæ electio. 2. debilitas sive impotentia mariti. 3. captivitas. 4. servitus. De quibus ordine explicandum est: Obiter etiam erunt aliqua aspergenda de sterilitate, de militia sive absentia in expeditione, de deportatione, de servitute pœnæ, & si qua sunt alia, quæ obiter intercurrent.

Primus † igitur bonâ gratiâ solvendi matrimonii modus est Monachismus, 9
h. e. si alter conjugum, ambóve in monasterium fuerint ingressi, studio castitatis colendæ & vitæ melioris seu perfectioris, (ut putant) solitariam vitam sectantes. *N. 22. c. 5. & N. 117 c. 10. l. 53. sancimus. §. 3. ad hæc. & l. 56. Deo nobis. vers. nam & maritis. C. de epis. & cleric. Auth. quod hodiè. C. de repud.* Circa hunc primum modum quædam diligentius considerandæ sunt, ut I. ratio, cur matrimonium ita solvi possit, quæ est partim favor ac studium religionis & castitatis sive continentiæ majorisque perfectionis, quam homines in monasteriis se assecuturos existimabant: partim quod monachismus morti comparetur: ut latius expositum est *in parte 1. de jure sacro.* II. observandum est, quid fiat de bonis conjugum, matrimonio per hunc modum soluto. Igitur primùm, si vir eligat monasticam vitam, & mulierem relinquat vitæ seculari; dos reddenda est mulieri, quæ insuper ex donatione propter nuptias consequitur illud lucrum, quod sibi pacta est in casum mortis mariti. Deinde, si mulier seculo renuncians monasticâ conversationem elegerit, viro in seculo remanente; maritus retinet donationem propter nuptias, & ex dote capit lucrum, quod pactus est in casum mortis uxoris. Tertiò: quod si ambo conjuges pariter solitariam vitam elegerint, & dos mulieri redditur sine ulla diminutione, & donatio propter nuptias à viro retinetur. *dd. ll. C. de epis. & cler. vide & Cuiac. ad Nov 22. pag. 152. in edit. Colon.* quæ omnia tunc obtinebunt si nulli extent liberi: ubi insuper observandum, bona illa acquiri monasterio, quod ingressi fuerint conjuges,

ſecundùm ea, quæ ſuperiùs tradita ſunt, *ſub cap. de Monachis.* Aliud eſt, ſi extent liberi: tunc enim ipſis reſervari debet dos & donatio propter nuptias. *d. N. 117. c. 10. & d. Auth. quod hodiè. C. de repud.* III. Hìc obſervandæ ſunt pœnæ, quibus afficiuntur conjuges, qui poſt divortium ex tali cauſa factum, quaſi pœnitentiâ ducti improbabili, aut alias contraxerint nuptias, aut etiam luxuriosè vixerint, id eſt, ſtupro ſe polluerint. Talium bona aut liberis addicuntur, ſi qui extent: aut fiſco applicantur, ſi nulli ſint liberi: neque hoc ſolùm, ſed etiam, qui ſic delinquunt, legitimis ſuppliciis ſubijciuntur *d. N. 117. c. 10. & d. Auth. quod hodiè.* IV. Obſervandum de moribus noſtris, hinc ſolvendi matrimonii modum, uſu non amplius frequentari. Et rectè quidem: Nam caſtitas & continentia etiam in matrimonio ſervari, & Deo ſervìri poteſt: ut neceſſe non ſit, relictâ ſtatione vitæ, ad quam quis à Deo vocatus ſit, in monaſterium ſe abdere: quod ſæpiſſimè inculcat S. Chryſoſtomus *in ſuis homiliis*, quantumvis alioqui magnis encomiis vitam monaſticam exornare ac deprædicare ſoleat. Et hæc hactenus de primo ſolvendi matrimonii modo.

10 Secundò: † quod attinet ad debilitatem ſive impotentiam mariti (quæ vulgò etiam frigiditas dicitur, *t. t. extr. de frigidis & maleſ.* à Cuiacio etiam [illegible] *N. 22. oſcitatio*) ita Jus eſt: Ante Novellas quidem fuit hæc cauſa legitima mittendi repudii, ſi maritus cum uxore ab initio matrimonii intra biennium continuum nunquam coire vel rem habere potuiſſet, *l. 10. in cauſis. C. de rep.* [illegible] biennium illud mutavit in triennium & hunc modum retulit [illegible] gratiâ dicuntur matrimonium ſolvere. *N. 22. c. 6.* idque probavit etiam Pontifex *in cap. 5. extr. de frigid.* ubi quod dicitur *Authenticum legi* [illegible] eſt ipſa *Nov. 22.* vel potiùs inde ſumpta *Auth. ſed hodiè. C. de repud.* ut rectè admonet Cuiacius *in Recitationibus ad decretales d. t. de frigid.* Ratio cur hic ſit modus ſolvendi matrimonii in aperto eſt: quia maritus non poteſt ſupereſſe illi negotio, cujus causâ matrimonium eſt inſtitutum: contrahitur enim liberorum quærendorum causâ: quod quidem etiam tabulis nuptialibus vulgò inſeri ſolebat, ut multis autorum locis probant Caiac. *ad N. 22. p. 148.* & Barnabas Briſſen. *in opere doctiſſimo de formulis populi Romani.* Quæ autem ſpes eſſe poſſit liberorum, ſi maritus adeò ſit impotens, ut officio maritali tanto tempore fungi non potuerit? Ratio autem, cur Imp. voluerit triennium expectari pro biennio, eſt favor matrimonii, ne id præmaturè diſſolvatur, & ut intra illud ſat longum temporis ſpacium vires ſuas & virilitatem maritus experiatur, vel etiam medicamentis debilitati ſuccurrat. Sæpè enim, qui uno anno debilis fuit atque impotens, ut arrigere non poſſit, ut loquitur Martialis, altero anno fiat vegetus, & Plautino verbo probè peculiatus. Sed qui ne ſemel quidem intra triennium potuit, pro eo tanquam deſperato ad tibicines mitti debet, ut eſt in proverbio. Quid ſi vitium non ſit in viro, ſed in muliere, quæ adeò ſit arcta, ut mulier fieri non poſſit, quemadmodum eleganter loquitur Ulpianus *in l. 14. quæritur. §. 7. mulierem. ff. de ædilit. edict.* ſive quæ non ſit idonea admittendo viro? Hac de re videndum eſt *cap. pen. extr. de frigidis & maleficiatis.* ubi pulchra affert Cuacius de inſpectione per obſtetrices facienda in tali caſu. Hìc autem notandum eſt,

ex tali

ex tali causa soluto matrimonio & dotem restituendam esse uxori sine ulla deminutione, & donationem propter nuptias penes maritum remanere debere. *d.l.10.in fin. C.de repud.* Ratio est, quia nulla culpa hîc intervenit cuiusquam, sed potiùs calamitas. Non debet autem esse pœna, ubi nulla est culpa. *l. sancimus.22.C.de pœn.* Non debet quoque afflictio addi afflicto: quod fieret, si vel mulier, vel vir ob debilitatem donatione propter nuptias ex parte vel in totum mulctaretur. Notandum hoc quoque, olim in Ecclesia Rom. hanc fuisse consuetudinem, ut etiamsi quis cum uxore congredi, vel suo, vel uxoris vitio, non potuisset; tamen propterea ipsam non dimitteret, sed tanquam sororem retineret. *can.requisisti.causa 33.quæst.1.* quò respicit *cap.4.consultationi.extr.de frigidis, &c.* ubi Cujacius. Et tantùm de debilitate sive impotentia: de qua videri quoque debet nobilissimus JCtus Joach à Beust. *in tractat. de matrimonio, parte 2.cap.14.& seq.* ubi diligenter tradit, quomodo in hoc casu impotentiæ procedendum sit ad separationem, & quæ debeat esse forma sententiæ. Huic vicina est illa quæstio: an propter sterilitatem quoque possit maritus uxorem dimittere? Hanc quæstionem non definivit Justinianus, sed certum est, olim ob hanc causam licuisse ab uxore divertere. *l.60.vitricus. §.1. in f. & l.62. & ideo bona gratia.ff.de donat. inter virum & uxorem.* Exempla suppeditat Historia Romana: Ac primus quidem spurius Carbilius uxorem sterilitatis causâ dimisit, de quo videre licet Gellium *lib.4.cap.3.* & Val. Maxim. *lib. 2.cap.1. de matrimoniorum ritu.num.4.* ubi memorabile est judicium, quod addit: *eum* (Carbilium) *quamvis tolerabili ratione motus fuerit visus, tamen reprehensione hominum non caruisse; quia nec cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei præponi debuisse arbitrabantur.* De moribus nostris si quæratur, non facilè ob sterilitatem hodiè separatio matrimonii permittitur; nisi fortè illa proficiscatur ex impotentia totius triennii. Et rectè quidem: Compertum est enim, conjuges aliquando per multos annos conjugium sterile, tandem verò fœcundum habuisse.

Tertiò † sequitur Captivitas. Hîc distinguendum est inter diversa tem- 11
pora & jura: nam, ut de vetustiori jure dicam priùs, olim captivitate dirimebatur matrimoniũ, sicut alia quoq; servitute alterutrius conjugis contingéte. *l.1.ff.de divort.& repud.l.56.si quis sic stipuletur.ff.sol.matr.l.12.in bello.§.4.sed captivi.ff.de captiv.& postlim.reverf.* Et adeò quidem captivitate unius cõjugis dissolvebatur matrimonium, ut ne quidem, si vellet uxor, remanens in domo viri captivi, conjugium durare, illud perseveret: quæ prima est ampliatio veteris illius juris. *d.l.12. §.4.* Altera ampliatio est, ut ne quidem jure postliminii recuperaretur uxor à marito ex captivitate reverso. *l.8. non ut à patre, & l.14. cum duæ speciet. §.1.ff.de captiv. &c.* ubi notanda est differentia inter patriam potestatem in filium famil. & jus mariti in uxorem, sive matrimonium: illa namque jure postliminii recuperatur, hoc non recuperatur, *dd.ll.* Ratio differentiæ est, quia patria potestas est juris, matrimonium autem est facti. & jus mariti in uxorem ex facto dependet. Jure autem postliminii ea tantùm, quæ sunt juris recuperantur: quæ facti, non item. Consensu tamen novo,

hoc est,

hoc est, si mulier nondum alteri nupta voluisset ad priorem maritum redire, matrimonium redintegrabatur, *d. l. 8. & d. l. 14. §. 1. ff. d. t.* Cogebatur autem mulier de novo consentire: nam si absq; probabili causa noluisset redintegrare prius matrimonium, tenebatur pœnis discidii, id est, divortii injusti; nempe ut mulctaretur dote sua, *d. l. 8. in fin.* Excipiebatur tantùm liberta nupta patrono suo: huius enim matrimonium durabat etiam in captivitate patroni, eiusdemque mariti, proindeque connubium, id est, facultatem nubendi alteri non habebat. *l. 45. in eo jure. §. ultim. ff. de ritu nupt.* ubi & ratio addditur, his verbis: *propter reverentiam patroni.* Etsi enim quælibet uxor marito suo reverentiam exhibere debet, *l. 14. alia causa. §. 1. in f. ff. solut. matrimon. l. unic. §. cum autem. C. de rei uxor. act.* tamen non ab omnibus uxoribus parem reverenitam legislatores exigendam putârunt: sed majorem à libertâ erga patronum maritum: quia scilicet in hac duplex concurrit vinculum, quod fortiùs adstringit. Ideoque leges, libertæ prohibuerunt secundas nuptias capto patrono marito: aliis uxoribus non prohibuerunt, sed connubium, id est, alteri nubendi licentiam permiserunt. Et hæc de antiquioti jure circa captivitatem. Jure Novellarum, captivitate matrimonium non statim solvitur. Nam aut constat, vivere maritum in captivitate: aut incertum est an vivat, nec ne. Non addo tertium membrum distinctionis: aut certum est maritum in captivitate decessisse: quia hic casus non pertinet ad captivitatem, sed ad mortem; qua certum est omni jure solvi matrimonium, *Novell. 22. cap. 20. deinceps.* Priore casu, si constat captivum conjugem vivere, is qui in civitate remansit, quamdiu hoc certum manserit eum superesse, nunquam potest ad secundum matrimonium pervenire: quod si attentaverit: mulctabitur dote, vel donatione propter nuptias imò & pro adultero vel adultera reputabitur ac punietur. Posteriore casu, nempe si incertum sit, utrum conjunx in captivitate vivat, an decesserit, (quod sæpè contingit, præsertim in longinqua regione) alter alteravè conjunx expectare cogitur donec integrum quinquennium à tempore captivitatis effluxerit: & tunc demum si tanto tempore nihil compertum fuerit de vita aut morte captivi, impunè transitus fiet ad secundas nuptias, quasi priore matrimonio bona gratia soluto, etiam absque libello repudii. *d. Novell. 22. cap. 7. sed etiam captivitatis, &c.* Dicet aliquis, hoc non esse à Justiniano primùm ita in Novv. constitutum, cùm eadem distinctio habeatur etiam apud Julianum *in l. uxores, ff. de divort. & repud.* Respondeo cum Cuiacio *in notis ad Instit. & in expositione Novell. 22. pag. 153.* dictam legem sextam sic interpolatam esse à Triboniano, & accommodatam ad mentem Iustiniani potiùs quàm Juliani: quod & alibi sæpè in Pandectis factum est. Arguit hanc interpolationem ipse quoque stylus, qui est semibarbarus & Græcismos redolet, non Latinam elegantiam Juliani & aliorum veterum Jurisconsultorum. Sic idem Tribonianus *in l. 8. non ut à patre, ff. de captivis. & postlim. reversis* hæc verba adsuit Paulo: *post constitutum tempus*, ut idem Cuiac. *d. loco* observavit. Successit his innovatio facta à Leone

Digitized by Google

ne *in Novell.* 33. ubi prolixè disputans contra illam permissionem secundarum nuptiarum post quinquennium sancit, quotcunque annis in captivitate alter conjugum detineatur, non tamen licere alteri nuptias iterare: nisi fortè secundum formam & observationem eorum, quæ in expeditione versantur, præscriptam à Justin. *in Nov. 117. §. ceterum & id.* Notandum quoque hac de re Jus Canonicum, quod ferè accedit ad constitutionem Leonis, ut licet videre *in cap. 19. in præsentiâ. extr. de sponsal. & matrim.*

Dixi de captivitate, quatenus per eam solvatur matrimonium, & liceat alteri conjugum ad secundas nuptias procedere: nunc obiter videamus etiam de militibus in expeditione degentibus, an, inquam, & quatenus dissolvatur matrimonium, si maritus absit in militia. Hìc quoque distinguenda sunt quatuor tempora ac jura: nam 1. fuit tempus, cùm ob militiam matrimonium bona gratia dirimeretur, teste Cajo *in l. 61. vel senectutem. ff. de donation. inter virum & uxorem.* 2. successit constitutio Constantini *in l. 7. uxor. C. de repud.* ubi uxori, cujus maritus in militiam profectus est, ita demum permittitur secundas nuptias inire, si & quadriennium integrum expectaverit, intra quod nullum acceperit à viro nuntium de ipsius sospitate: & si deposuerit publicè contestationem emissam libello ad ducem militiæ, sub cuius signis maritus eius militavit. His, inquam, duabus conditionibus observatis, ex dict. constit. Constantini, licet mulieri impunè alteri nubere. 3. Justinianus per *Novel. 22. cap. 14. Novimus*, quadriennium illud commutavit in decennium: cætera verò constitutionis Constantini suo loco reliquit. 4. Idem Justinianus per *Nov. 117. cap.* 11. constituit, ut ne quidem si diu expectaverit mulier maritum in expeditione degentem, nubat alteri priusquàm de morte illius fuerit certiorata, jurejurando etiam depositio apud acta illius ducis, sub quo vir militabat: & tunc certò compertâ morte adhuc annum expectare jubetur. Ex quibus apparet absentiam in militiâ tandem per Justinianum ex numero causarum dirimendi matrimonii planè fuisse expunctam. Additur *in d. Nov. 117.* sanctio duplex, si adversus ista fiat. 1. in ipsam fœminam his non observatis nubentem, ut scilicet tàm ipsa, quàm secundus maritus, tanquam adulteri puniantur, (quod tamen de secundo marito ita limitandum videtur: si non ignarus fuerit conditionis eius mulieris, quam ducit.) 2. in militem, qui falsò juraverit mortuum esse commilitonem suum, cuius uxor alteri nupsit: hujus pœna est duplex; prima exauctoratio, secunda mulcta decem librarum auri solvendarum ei, cuius uxor alteri nupsit mendacio ac perjurio eius decepta. Tandem etiam facultas datur militi domum reverso uxorem suam, quamvis alteri nuptam, recipiendi, si velit: non enim cogitur. *d. Novel. 117. cap. 11. & Authent. Hodiè. C. de repud.* & dictam Novellam 117. secutus est Leo Imp. *in Novel. 33. paulò antè adducta*, idem jus constituens in captivis pariter & militibus. Hæc de Militia.

Sed quid juris est, si conjunx à conjuge deseratur? Et de desertione, an matrimonium per eam solvatur, ita ut pars deserta possit ad secundas nuptias transire, latè tractat Johan. Schneidewein *t. de nupt. parte 4. num. 34. cum mul-*

Digitized by Google

tiaſeqq. Item Joach. à Beuſt. *tract. de matrimon. parte 2. c. 26. & quinque ſeqq.* ad quos autores in ejuſmodi caſu, qui non rarò contingit, præſertim inter homines viles & plebejos, recurri poteſt: ac meminietiam ex Auſtriâ collegium noſtrum de tali caſu deſertionis conſultum eſſe.

12 Quartò, † ſequitur de ſervitute ut dicamus. Hic quoque modus eſt ſolvendi matrimonium bona gratia, ſi alter conjugum ex libero homine fiat ſervus: v. g ſi libertus aut filius liberti ob ingratitudinem adverſus patronum ab eo in ſervitutem revocetur, *d. Nov. 22. c. 9. ſi verò decretum, &c.* Ratio eſt, quia ſuperveniens ſervitus non multum à morte differt, ut eſt in regulis juris. Item quia inter ſervos jure Romano non eſt connubium, neque libero hominicum ſervo vel ſerva: non etiam eſt dos, non donatio propter nuptias. *l. 3. C. de inceſt. & & inutil. nupt. l. ſi ancillæ 58. ff. de condit. & demonſtrat.* Soluto igitur per ſervitutem matrimonio, locus eſt pactionibus in caſum mortis, hoc eſt, ea quæ quiſque conjugum pactus eſt de lucranda dote vel donatione propter nuptias, non ſecus acquiruntur alteri ac ſi mortuus eſſet is, qui in ſervitutem redactus eſt. Quid ſi quis ab initio putaverit ſe contrahere cum perſona libera, quæ tamen poſtea deprehendatur ſerva? Reſpondeo: Matrimonium hoc caſu non diſſolvitur, ſed ab initio nullum fuiſſe declaratur per ſententiam *d. Nov. 22. c. 10. ſi verò ab initio, &c.* Errantis enim nullus eſt conſenſus. *l. 15. ſi per errorem. ff. de juriſdict. & l. 2. ff. de judic.* ſine conſenſu autem matrimonium non contrahitur, Idque non tantùm jure civili obtinet, ſed etiam canonico, *cap. propoſuit. 2. extr. de conjug ſerv.* vide Joach. à Beuſt *in tract. matrimoniali, capit. 34. parte 2.* ubi de quatuor ſpeciebus erroris circa matrimonium, videlicet perſonæ, conditionis, fortunæ, & qualitatis, diligenter explicat. Quid ſi ſervus vel ancilla matrimonio ſe conjunxerit cum liberâ perſonâ, idque domino ſciente & diſſimulante? Reſpondeo: hoc caſu ſervus tacito jure fit ingenuus, & ancilla ingenua, adeò ut ne quidem juri patronatus obſtringatur, quod aliàs habet patronus in eum, quem per manumiſſionem perduxit ad libertatem. Sicut etiam contingit, ſi dominus ſervum ægrotantem dereliquerit omni ope deſtitutum. Juſtum igitur eſt hoc matrimonium quaſi inter ingenuos contractum. *d. Novel. 22. c. 11. Nam ſi tradiderit, &c.* vide *Auth. Ab hoc qui ſuam, &c. C. de latin. libert. toll.* Et hæc ita ſe habent jure civili Juſtinianeo. Aliud receptum eſt jure canonico, quo etiam inter ſervos (nempe qui ſcientes conditionem ſuam abſque errore contraxerunt) conjugia conſiſtunt, & quidem etiam invitis dominis, ſalvo tamen jure dominii: *can. ſi quis liber. & can. ſi fœmina. cauſa. 29. quæſt. 2. & cap. 1. extr. de conjug. ſerv. & ibi Cuiac. in Recitationib.* De moribus noſtris, ſi quis quærat dicendum hunc quartum modum in deſuetudinem abiiſſe, cum ſervitus illa inter Chriſtianos uſu non ſit recepta, proindeque non eſt, quod hac de re multum laboremus, teſte Joachim. à Beuſt. *d. c. 34. §. cum autem hodie.*

CAP.

CAPUT VIII.

De Repudiis. Adhuc ad eaſdem. Novel. 22. & 117.

SUMMARIA.

1 *Forma mittendi repudii.*
2 *Repudium aliud rationabile, aliud irrationabile.*
3 *Repudiorum cauſa olim arbitraria.*
4 *Repudiorum cauſa à Juſtiniano contracta.*
5 *Repudiorum juſta cauſa quatuordecim, quoad uxorem repudiandam. ex l. 8. §. 3. C. de repud & Nov 22. c. 15.*
6 *Repudiorum juſta cauſa tredecim, quoad maritum repudiandum. ex d. l. 8. C. de repud. & Nov. 22. c. 15.*
7 *Collatio utriuſque generis cauſarum repudii.*
8 *Cauſa alia tres repudiandi uxorem, ex conſtit. Juſtin. in l. 11. C. de repud. & Nov. 22. cap. 16.*
9 *Cauſa repudiandi uxorem, ſeptem: & repudiandi maritum, ſex: ex Novell. 117. capit. 8.*
10 *Cauſa repudii Judici allegari ac probari debent: perinde ac exheredationis, privationis feudi, & revocandæ donationis.*
11 *Pœna conjugis repudio vel divortio cauſam præbentis.*
12 *Sanctio Nov. 117. cap. 14. de pœnâ malæ tractationis ſive ſævitiæ mariti.*
13 *Sanctio Novel. 117. cap. 15. de poteſtate occidendi alienæ uxoris adſectatorem.*
14 *Pœna divortii vel repudii injuſti.*

SUperiore capite egimus de quatuor modis ſolvendi matrimonii, qui bona gratia fieri dicuntur, & intereos obiter etiam de quibuſdam aliis. Deinceps exponamus modos, qui contingunt interveniente repudio & quibus ex cauſis repudium conjugi mitti poſſit.

Præmittendum eſt autem † 1. Repudium conjugi à conjuge mitti vel per 1
nuncium, vel per libellum miſſum datumvè ad domum eius. *l. 6. C. de repud. & Cuiac. ad Nov. 22.* Solebant etiam adhiberi certa quædam & formalia ſive concepta verba ex XII. tabulis: de quibus explicat præter alios Barnab. Briſſon. *de formulis P. R.* Solebat quoque accedere clavium ademptio vel remiſſio: ſicut in contrahendo matrimonio, vel domum ductione claves novæ nuptæ tanquam dominæ domus ſeu rei familiaris futuræ, tradebantur: nimirum ut quibus modis unumquodque contractum eſſet, iiſdem in contrarium actis ſolveretur. *l. 35 ff. de R. I. & l. 80 pront ff. de ſolut.* & clavium ademptarum uxori à marito, vel remiſſarum marito ab uxore mentio quoque fit apud Cicer. *in Philippicis*, & apud Ambroſ. *epiſt. 65.* Secundò, † præmittendum eſt, repudium aliud eſſe 2
rationabile, aliud irrationabile: quæ diſtinctio extat apud Juſtin *in Nov. 22. capit. 15. cæterum verò. §. ſi verò altera, & c. 16. ſi verò in pr. & fin.* Item *in Nov. 117. c. 8. Quia verò plurimas. & cap. 13. quia verò quædam.* Rationabile repudium eſt quod fit ex juſtis & legitimis probabilibus cauſis: Irrationabile contra, quod ſine illis, ſive quod fit ex improbabili ratione. Tertiò, † præmittendum cauſas repu- 3
diorum olim non fuiſſe certas, aut lege aliqua definitas expreſſasque, aut numero comprehenſas, ſed arbitrarias h. e. poſitas in arbitrio & diſquiſitione judicum, (ſicut etiam cauſæ exheredationis olim è judiciis centum viralibus, ut alibi docetur. Hodiè verò certas & lege definitas eſſe ex utraq; parte, id eſt, tàm

Digitized by Google

viti quàm uxoris: ob quas, inquam, causas liceat marito uxorem repudiare, & ob quas uxori liceat à marito divertere, *l. 8. consensu § 1. & l. 11 jubemus. C. de repud.*

4 *Nov. 22. c. 15. Cæterum verò, & c. seq. & Nov. 117. c. 8. & 9.* Quartò, † præmittendum, causas repudii olim plures fuisse ex constit. Theodosii *in d. l. 8. §. 1. C. de repud.* quæ tandem à Justiniano ad breviorem numerum sint contractæ, quibusdam abscissis, per *d. Nov. 117. c. 8. quia verò plurimas, in verbis: ex his abscindere aliquas, quæ nobis indignæ ad solvendas nuptias visæ sint, &c.* Atque factum est, ut quædam quæ antea fuerant justæ ac probabiles repudii causæ, hodiè non ampliùs sint justæ neque probabiles, non dico moribus nostris, de quibus *infrà.* sed ne quidem ipso Jure civili.

Deinceps cognoscamus tum quæ sint justæ causæ repudiorum ex jure Justinianeo: tum quæ sit pœna injusti, seu improbabilis divortii seu repudii, (hæc enim duo promiscuè pro eodem usurpamus: Paulus verò etiam *discidium* vocat *in l. 8. non ut à patre, ff. de capt. & postl. reverf.* Theodosius Imp. *dissidium* quoq; *in l. 8. consensu, §. 2. & 3. C. de repud.* nisi fortè ibi quoq; potius legendum *discidii.*) Tandem quid jure canonico circa hæc statutum sit, & quid moribus nostris observetur.

5 Primùm † igitur, quod ad justas repudiorum causas attinet, maritus uxoré repudiare potest ob has 14. causas (intellige non si omnes simul concurrant, sed si vel una ex ipsis adsit) approbatas per const. Theodosii *in d. l. 8. §. 3. vir quoq;. C. de repud.* 1. ob adulterium. 2. ob veneficium, (sub quo vocabulo etiã intelligendæ sunt incantationes & artes magicæ.) 3. ob homicidium. 4. ob plagiũ (suppressio liberi hominis est.) 5. ob crimen violati sepulchri (quod olim usitatissimum fuisse, adeoque etiam à clericis perpetrari solitum, discimus ex C. Th. idque ideò quia solebant cum cadaveribus sæpè res pretiosas sepelire, quæ avaritiam hominũ ad id scelus irritabant, ut ne mortuos quidem sinerent quiescere, aut vim ab illis abstinerent.) 6. ob sacrilegium. 7. ob latrocinium vel receptionem latronum (nam si non essent receptatores latronum, ut ait Paulus *in Sententiis*, ipsi latrones diu latére non possent.) 8. ob adsectationem cõviviorum cum alienis viris inscio vel invito marito proprio (quia præsumitur facilè adulterium) 9. propter abnoctationem extra ædes, sine probabili & justá causa, invito marito. 10. ob frequentationem ludorum Circensium, vel Theatralium. vel spectaculorum arenatiorum, (his autem incentivis impudicitiæ & libidinum Christianos quoque olim in sanum in modum deditos fuisse didicimus, ex gravissimis reprehensionibus atque insectationibus illorum ludorum & spectaculorum, quæ extant passim apud Tertullianum, Chrysostomum, Salvianum *in libris de gubernatione Dei*, aliosque sanctos patres) 11. ob insidias vitæ mariti quoquo modo structas. 12. ob crimen læsæ majestatis, quod etiam solà contrahitur conscientia, si quis sciens aliorum machinationes adversus imperium non revelaverit. *l. 5. quisquis. C. ad l. Jul. majest.* 13. ob crimen falsi. 14. ob manus violentas viro illatas.

6 Uxor † verò maritum *ex eadem l. 8.* ob has tredecim causas repudiare potest. 1. ob adulterium. 2. ob homicidium. 3. ob veneficium. 4. ob crimen læsæ majesta-

Digitized by Google

Majestatis, vel seditionis. 5. ob crimen falsi. 6. ob crimen violati sepulchri. 7. ob crimen sacrilegii. 8. ob latrocinium vel receptationem latronum. 9. ob crimen abigeatus. 10. ob plagium. 11 ob luxuriam sive cœtum meretricium, quem vir cum impudicis mulieribus init, inspectante uxore sua, ad contumeliam eius, vel domus ipsius. 12. ob insidias uxoris vitæ vel veneno, vel gladio, vel alio quovis modo structas. 13. ob verbera & flagella, libero homini intoleranda quam vulgò vocant *malam tractationem*.

Atque has causas tàm in viro quàm in uxore etiam Justin. recenset, *in Novel. 22. c. 15.* ubi nominatim laudat hanc constitutionem Theodosij : † ex quarum 7
causarum collatione inter se apparet plerasq; esse communes in utroque conjuge: pauciss imas esse proprias unius duntaxat. Deinde, ex collatione istarum causarum observare licet, plus concedi marito quàm uxori in quibusdam: verbi gratia: marito licet ab noctare etiam insciâ & invitâ uxore; licet ei adire spectacula: licet convivari cum mulieribus extraneis, dum modo honestis, nec permittitur uxori ob harum causarum aliquem repudiare virum: quæ omnia secus habent in mulieribus. Ratio diversitatis est: quia ob fragilitatem sexus multò facilùs corrumpitur mulier, & adducitur, ut in proprium corpus peccet: sicut Apostolus Paulus loquitur *Epist. ad Corinth.* viri autem (qui à virtute ipsa nomen habet, teste Cicerone & Lactantio) major est, aut certè major esse debet constantia & viracitas adversus vitia, ut non tàm facilè in ipso aliqua impudicitia vel luxuria, vel corruptio metuenda esse videatur.

Causas † illas Theodosianas deinde Justinianus etiam tribus aliis super- 8
additis adauxit in persona uxoris à marito repudiandæ: ut, si ipsa sibi procuret abortum, vim inferens propriis visceribus, odio fortè mariti, ne eum patrem faciat (quæ erit jã causa decima quinta.) Item, si per luxuriã & libidinis causa cũ viris alienis commune lavacrum habeat, propter præsumtionem adulterii (quę erit causa decima sexta, repudiandæ uxoris) Denique si constante matrimonio, & superstite marito de secundis nuptiis jam incipiat tractare cum alio viro, propter metum insidiarum (quę erit causa decima septima.) Has tres postremas causas introduxit Justin. *in l. 11. jubemus*, quæ in quibusdam libris est *ult.* in aliis *penult. C. de repud.* & repetit easdem *in Nov. 22. c. 16. si verò etiam rationabiliter, &c.* ut ita ex illo jure & illo tempore sexdecim fuerint causæ, propter quas maritus uxorem repudiare potuerit.

Sed *in Nov. 117. c. 8. Quia verò plurimas, &c.* idem Imp. hunc causarum numerum valdè imminuit. Nam ex illis septendecim suprà enumeratis repudij causis tantum septem retinuit in uxore, ob quas ea à marito repudiari possit, videlicet 1. crimen læsæ Majestatis. 2. adulterium. 3. insidias vitæ, aut conscientiam ac reticentiam insidiarum viro suo ab aliis paratarum. 4. convivia cum viris extraneis nolente marito celebrata. 5. lavacra cum viris extraneis (invito marito) 6. foris abnoctatio nolente viro (sed huic sextæ causæ duplicem addit Imp. limitationem vel exceptionem: prior est, nisi mulier sit apud suos parentes. cujus limitationis rationem hanc esse puto, quia hoc casu cessare videtur omnis sinistra suspicio, cum non sint permissuri parentes aliquod pro-

Digitized by Google

brum à filia ſua in ædibus ſuis perpetrari. Altera exceptio eſt, niſi maritus ſine causâ domo expulerit uxorem, eaque parentes nullos habeat ſuperſtites quibus cum pernoctare poſſit, ut neceſſariò cum aliis manere cogatur. *d. Nov. 117. c. 8. verſ. ſi verò contigerit, &c.* Ratio eſt, quia ipſe maritus hujus rei autor extitit, ut ait Imperator: quaſi dicat ſibi igitur imputet, non uxori, quæ coacta potiùs quàm volens abnoctat) 7. & ult. ponit Imp. ſpectacula ludorum circenſium, vel theatrorum, vel amphitheatrorum, ignorante vel prohibente viro ab uxore frequentata. Ex tredecim verò illis cauſis, ob quas Juſtin. anteà volebat virum ab uxore repudiari poſſe; tres tantùm retinuit & confirmavit: videlicet, quartam, undecimam & duodecimam: quibus tres alias novas addidit, ut ita ſex tantum cauſas eſſe voluerit juſtas ac ſufficientes ad virum ab uxore repudiandum prima eſt crimen læſæ Majeſtatis. 2. inſidiæ vitæ uxoris, vel ab ipſo maritoſtructæ, vel ab aliis ipſo conſcio ac reticente, vel diſſimulante, neque vindicante. 3. lenocinium (Germ. Kuplerey) à marito attentatum, id eſt, ſi maritus pudicitiæ uxoris ſuæ inſidiatus, tentaverit eam aliis proſtituere atq; adulterandam tradere: ut extat inſigne exemplum apud Herodotum. (Nota hanc eſſe novam repudii cauſam à Juſtin. primùm inventam) 4. calumnioſa accuſatio adulterii: hoc eſt, ſi maritus uxorem ſuam de adulterio accuſaverit nec probaverit crimen, quod intendit (hæc quoque nova eſt, à Juſtiniano primùm introducta cauſa repudii de qua hoc amplius notandum eſt, non tantum repudiari poſſe maritum ab uxore ob hanc calumniam (calumnia propriè eſt falſa accuſatio) verùm etiam depoſci ad pœnam talionis ex vinculo inſcriptionis in crimen: id eſt, ut ſubiiciatur iisdem ſuppliciis, quæ pati debuiſſet mulier ſi crimen contra ipſam fuiſſet probatum. Rectè autem Accurſ. annotat. *add. Novell. 117. c. cauſas autem in verb. Comprobata, &c.* hoc generale eſſe in aliis accuſatoribus *per l. fin. C. de accuſat.* qui textus etiam Canonizatus eſt *in Can. 3. quisquis ille eſt 2. q. 8.* ſed ſciendum eſt (de moribus noſtris) juris illius aſperitatem abiiſſe in deſuetudinem, neque amplius eadem pœna affici calumniatorem, quam meritus fuiſſet reus ſi crimine probato damnari potuiſſet, ut latè docent ex Germaniæ Jurisconſultis Ludovicus Fachſius Conſul quondã & ordinarius Lipſenſis *conſil. 2. & 3. poſt conſilia Modeſtini Piſtoris. vol. 2.* & Dn. Regnerus Sixtinus Conſiliarius Haſſiacus & olim profeſſor Marpurgenſis *conſil. 16. vol. 3. conſiliorũ Marpurgenſium.* Ubi & rationem reddit abrogati hujus juris repetitam ex Anton. Gomezio Hiſpano *tom. 3. de delictis* & ex Jul. Claro *in §. fin. lib. 5. ſententiar.* videlicet quia alioqui deterrerentur homines ab accuſando, ſi ſcirent ſe tàm ſtrictè obligari ad ſimilitudinem ſupplicii ſi in probatione ſuccumberent (unde fieret, ut multa delicta cum detrimento reipubl. manerent impunita.) Quinta cauſa eſt ſi maritus domi ſuæ in contemptum uxoris cum aliis mulieribus conſueſcat. Hæc cauſa in ſuperiore catologo erat undecima. 6. & ultima cauſa, ſuperiori vicina, eſt luxuria mariti in aliâ domo in eâdem civitate, frequenter verſantis cum aliâ muliere, à qua abſtinere recuſat, poſt iteratam admonitionẽ factam ſibi à parentibus vel ſuis, vel uxoris ſuæ. Hanc quoque cauſam de novo addidit Juſtin. quæ tamen videtur referri poſſe ad præcedentem. Parvi enim refert,

Digitized by Google

fert, an suæ domi, an alienæ, maritus cum alijs mulieribus impudicis consuescat: sicut etiam parùm interesse videtur in eâdem civitate, an in aliâ hoc faciat: nisi quod major & insignior impudentia est illius, qui non veretur propriam domum in conspectu uxoris stupro polluere, quàm eius, qui in alienis ædibus probrum patrat; vel etiam in alia civitate. Ex his igitur, quæ dixi, jam liquet per *Nov. 117.* maritum quidem posse uxori repudium mittere septem ex causis: uxorem verò marito tantum ex causis sex.

Sed observandum est, † causas illas repudii oportere judici allegari & pro- 10
bari: quod in *d. l. 8. §. 2. & 3.* dicitur, *causas dissidii legibus comprobare:* in *d. Nov. 22. c. 16.* dicitur *in certaminibus vincere*, id est, judicio seu lite si quis probaverit suam intentionem. Neq; enim privatâ autoritate licet conjugem repudiare, etiamsi quis justas & idoneas eius rei causas se habere existimet: quod etiam monuit Nobilissimus Jurisconsultus Joach. à Beust *in tract. matrimon.* Huic simile est, quod etiam Elogium sive causa exheredationis judici probari debeat. Simile quoque est illud, quod oporteat causas privationis feudi allegare & probare judici. Inter hæc enim tria magna est cognatio: inter causas repudii, sive divortii, inter causas exheredationis: & inter causas privationis feudi. Quibus & quarto loco addere licebit causas revocandæ donationis ab ingrato donatario.

Quibus † autem pœnis afficiatur conjunx, qui quæve causam alteri præ- 11
buit repudij, sive divortii faciendi, ex iisdem Novellis petendum est. In primis autem illa memorabilis est pœna, quod mulier adultera perdit suam dotem quam vir lucratur: & hoc ampliùs, ex aliis eius bonis tantum, quantum facit tertia pars dotis: maritus verò adulter privatur sua donatione propter nuptias quam lucratur mulier. Quod quidem etiam ante Nov. quadantenus obtinuisse constat *ex l. 11. miles. §. socer. 3. ff. ad L. Iul. de adulter. & ibi gl.* Item, *ex l. 8. consensu. C. de repud.* Sed hîc opus est distinctione: an aliqui ex illo matrimonio procreati liberi adsint; an nulli sint liberi. Nam priore casu proprietas dotis, vel donationis propter nuptias reservanda est liberis: usus fructus tantùm conceditur parenti innocenti. Posteriore casu plena proprietas cedit conjugi, qui justâ ex causâ repudium alteri misit. *d. Nov. 117. c. 8. & 9.* Neque ob adulterium duntaxat, sed etiam alias ob causas facto divortio, is qui causam ei præbuit mulctatur vel dote, vel donatione propter nuptias: ut videre est *dd. locis.* Sed quid fiet, inquies, si matrimonium fuerit in dotatum, item si nulla intervenerit donatio propter nuptias (sicut potest matrimonium absque his consistere) & repudium sit factum? Resp. hoc casu si uxor sine dote & sine dotalibus instrumentis accepta fuerit, & vel ipse maritus eam domo sine causa probabili expellat, vel causam eidem præbeat, ut ipsa à marito divertat: (hæc enim duo paria sunt) tum ex constit. Justiniani cogitur vir quartam partem suorum bonorum dare mulieri: sic tamen ut non det ultra centum libras auri, si fortè plus quadringentis libris in bonis habeat. Notetur hîc obiter modus maximæ dotis, qui fuit tempore Justiniani videl. 100. libratum auri. Olim erant decies centena millia nummum, sive sestertiorum, ut hic probat Cujac. *p. 158. ex l. 6. § 1. ff. de usur.* Item testimonio Juvenalis & Martialis: vide & Senecam *ad Albinam in consolatione*, & Alciatum

lib 4.

Digitized by Google

lib 4.paverg contra quem disputat Cujac. *ad Nov. 97 pag.323.* Contrà si mulier nupserit viro nulla donatione propter nuptias constituta, & culpa mulieris fiat divortium: ipsa viro tantundem, videlicet quartam partem de bonis suis dare, & insuper quinquennium à secundis nuptiis abstinere cogitur, sicut aliàs post dissolutionem matrimonij anno integro ab aliis nuptiis abstinere debet: propter confusionem seminis & incertum uteri. *Vide Nov 22.c.18.sed à nobis &c. & l.11 jubemus.in pr.& §.1.c.de repud.* Porrò de judicio illo veteri, quod *de moribus* appellabatur, hodiè autem sublatum est (unde *tit.in C.* ita concipitur: *de repudiis, & judicio de moribus sublato*) nec non de differentia, quæ erat inter mores graviores & leviores, quæ in judicio illo post repudium observabatur, videri potest Cujac. *ad Nov.22.pag 159.* Nam in re obsoleta immorari nolo. Quid si liberi sine voluntate & consensu parentum velint repudium mittere in præjudicium parentum, hoc est, ut ex machinatione liberorum parentes amittant dotem, vel donationem propter nuptias profectitiam, cujus repetitionem aliàs haberent? Resp. hoc fieri prohibuit Justin. *in d.Nov.22.c.19.Est quoque, &c.*

Quæ suprà diximus de causis repudiorum, ad ea quoque pertinere videtur illa Justiniani sanctio minimè contemnenda, & quidem duplex. *Nov.117. c.14.*
12 *Si quis autem, &c.& cap.seq.* Una † est, de pœna malæ tractationis, sive sævitiæ. Etsi enim sævitia mariti in uxorem, quam flagellis fortè vel fustibus servilem in modum cæcîdit, hodiè *ex d. Nov.117.* non amplius est justa causa repudii, sicut olim erat ex constit. Theodosij. *in l.8.consensu. C. de repud.* Non impunè tamen maritus ita sævit in uxorem, quin potiùs etiam constante matrimonio uxori tantum dare cogitur, pro pœna atrocis illius injuriæ, quantum facit tertia pars donationis propter nuptias, sive antenuptialis largitatis, ut vetus interpres transtulit *d.c. 14. Nov.117.* Quod non sic accipiendum est, quasi mulieri adversus maritum vellet Imperator dari actionem injuriarum (quæ non minus est famosa quam furti. *l.1.ff.de his qui not.infam. & Instit.tit.de pœna temerè litigantium*: proindeque inter conjuges locum habere non potest, *arg. l.1.ff.rer. amot. cum similibus.*) sed potiùs ad petendam illam tertiam partem donationis propter nuptias dabitur uxori condictio ex Novella lege Justiniani, *argum.l.unic.ff. de condict.ex l.* Potest etiam dici, dari actionem in factum, quomodo aliàs actiones, quæ adversus alios essent famosæ, temperari solent in personas illas, quarum honori & existimationi parcendum est, ut sunt patronus, parens, maritus, &c. Sed prior sententia de condictione ex lege hîc competente magis placet, ac verior videtur. Nostris moribus quid observetur circa sævitiam mariti in uxo-
13 rem, dicam infrà. Altera † sanctio continetur *in ead.Nov.117.c.15. His quoque &c.* qua potestas conceditur marito suis manibus occidendi vel interdum etiam judici vel defensori Ecclesiæ, vel aliis clericis tradendi eum, qui ter testatò admonitus scripto, adhibitis tribus testibus, (fide dignis) ut abstineret à congressu & colloquiis suæ uxoris, cum qua ne probrum aliquod perpetraret suspectum habebat maritus: non tamen paruit nec abstinuit. Inprimis autem ibi exaggeratur illa turpitudo per circumstantiam loci, si impudica eius modi colloquia, & adulterij quasi præludia, in ipsis Ecclesiis aliisque venerabilibus locis mi-

cis misceant. Sed hoc jus in desuetudinem hodiè abijsse videtur, cum sint alia remedia, quibus occurri possit alienæ uxoris adsectatori : locum enim habet hoc casu etiam injuriarum actio, quæ marito competit.

Deinceps videndum est † de pœnis discidij, seu divortij injusti, sive repudij 14
sine causa legibus approbata missi. Igitur mulier, quæ absque probabili causa discedit à marito, perinde ut illa quæ marito causam præbet repudij, amittit dotem & lucra nuptialia quæ maritus servare cogitur liberis communibus, si qui adsint: ipse verò usumfructum duntaxat habet: si nulli adsint liberi, ipse pleno jure ea capit: Deinde ipsa intra quinquennium alteri nubere prohibetur. *l. 8. consensu. C. de repud.* Quod autem jus (*legis octavæ*) per Novellas nonnihil mutatum est: nam si mulier viro repudium miserit sine causa, per omnem vitam jubetur ab aliis nuptijs abstinere, & in monasterium detrudi, *Nov. 22. & Nov. 117.* Quæ quidem pœna hodiè est communis, tàm in viro, quàm in uxore *Nov. 127. & Nov. 134.* ut annotat etiam Cujac. *ad Nov. 22.* olim mulier sine causâ justâ divortium faciens, etiam deportationis pœna afficiebatur, omniaque sua bona, usque ad aciculam capitis, ut ait Imp. id est, usque ad rem minimam, in domo mariti deponere cogebatur. *l. 1. C. Th. de repud.*

CAP. IX.

De jure Canonico & moribus nostris, circa solutionem matrimonij.

SUMMARIA.

1 *Iure Canonico, adulterio per pœnitẽtiam purgato reconciliatio coniugis fieri potest.*
2 *Iure Canonico in causa divortij propter adulterium faciendi, utriusque coniugis parratio.*
3 *Iure Canonico divortium non dissolvit ipsum matrimonij, sed tantùm usum & consuetudinem: neutrique coniugi, altero superstite nuptias contrahere licet.*
4 *Innocenti parti ad nuptias secundas transire licet, in reformatis Ecclesijs: sed cum temperamento.*
5 *Nocenti non aquè.*
6 *Maritus post divortium cum aliâ rem habens, repudiatam recipere cogitur, iure Canonico.*
7 *Iuris Canonici repugnantia, adulterium alibi inter leviora alibi inter saviora crimina recensentis.*

PRoximum nunc est, ut de Jure Canonico dicamus, nec non de moribus nostris. Videatur inprimis *can. 2. dixit Dominus, cum quinq; seqq. causa 32. quæst. 1.* & *can. 19. precepit Dominus, causa 32. quæst. 5.* Quibus locis summatim hoc dicitur: † tametsi fatuus & injustus sit, qui 1
sciens uxorem adulteram retineat, Itali *cornutum* vocant, imò & pœnitentia atque abstinentia consuetudinis conjugalis per triennium ipsi injungatur: tamen adulterio per pœnitentiam purgato fieri posse reconciliationem conjugij, cum neque Ecclesia ipsa, gremium claudat redeuntibus. Deinde † notandum 2
jure Canonico utriusque sexus parem esse conditionem: ut quemadmodum uxor à viro, ita etiam vir ab uxore propter adulterium repudiari possit, *d. Can. precepit. cum seq. causa 32. q. 5. junctis Can. si duxeris, & can. indignantur, causa 32. q. 6.*

3 ubi pulcherrimi referuntur textus S. Augustini. Denique † observandum jure Canonico divortium non dissolvere ipsum matrimonium, sive jus matrimonii abolere: quod fit jure civili: sed tantum separare inter conjuges societatem cubilis & mensæ, sive solam consuetudinem & usum lecti genialis & mensæ dirimere. Cui consequens est, ut non liceat alias contrahere nuptias, quamdiu supereſt alter conjugum, sive is causam præbuerit repudio, sive repudium miserit, hoc est, sive nocens sit, sive innocens. Imò etiam ut interdum nocenti parti nunquam, ne quidem si alteri supervixerit, secundæ nuptiæ permittantur. Quod eleganter exemplis quatuor declarat Cujac. *in recitationib. Decretal. ad tit. de divortiis.* Atque ita interpretatur idem Cujacius illud quod dicitur in *cap. 13. extra. qui filii sint legitimi. matrimonii violatio matrimonium non violat:* id est adulterium non dissoluit vinculum matrimonii inter conjuges. Nam si uxor verbi gratia: commiserit adulterium, & ob id à marito repudiata sit, sicut repudiari potest, imò & debet, nisi quis haberi velit patronus turpitudinis: dum crimen celat uxoris, ut ait *canon. 1.* ex Chrysostomo *cauſ. 32. quæſt. 1.* non licet marito, Jure Canonico, quamlibet innocenti aliam ducere, quam diu vivit adultera: quia secundum Canones, non est dissolutum ipsum matrimonii vinculum, sed tantum usus eius & cohabitatio conjugalis. sive, ut vulgò vocant, separatio tantum est facta quo ad torum & mensam. Eaque & S. Hieronymi & Augustini fuit sententia: quorum hac de re loca referuntur *in Can. 1. & aliquot seqq. cauſa 32. q. 7.* pro qua, velut pro articulo fidei, etiam recentiores scriptores Pontificii vehementer pugnant. Videri potest unus pro omnibus Robertus Bellarminus, *in controverſ. de matrimonio, tom. 2. controverſiarum*, ubi rationes & fundamenta hujus sententiæ & juris exponit.

4 Contrà, † qui reformatam religionem amplectuntur, putant permittendum esse innocenti parti, (& rectè) quæ divortium fecit ob alterius conjugis culpam, ut ad secundas nuptias transeat. Neque enim ulla obstat prohibitio divina: quin imò ex dicto Christi *Matth. 19. quicunque dimiserit uxorem ſuam, excepta cauſa fornicationis, (πορνείας) & aliam duxerit, mœchatur.* Ex hoc, inquam, dicto bona consequentia sic colligi posse videtur: Ergò à contrario sensu, si quis propter causam fornicationis, sive adulterii repudiatâ priore uxore ducat aliam, non mœchatur. sed justas celebrat nuptias. contraria enim contrariorum sunt consequentia. Est & illa sanè urgentissima ratio, cur debeat innocenti conjugi post divortium permitti aliud matrimonium: quia si connubium sive facultas contrahendi cum aliâ personâ ipsi (innocenti) denegaretur; tùm hoc sequeretur absurdum, quod innocens pœnam lueret pro nocente: cùm tamen peccata suos tantùm auctores tenere debeant: nec ulterius progredi metus (pœnæ) quàm reperiatur delictum: ubi noxa est, ibi & pœna esse debet: ut est elegans & trita *lex ſancimus 22. C. de pœnis*, quam in sententiam apud Livium quoque legimus *lib. 28. Vnde orta eſt culpa, ibi pœnam conſiſtere debere.* Videatur hac de re Joach. à Beust, *tract. de matrimon. part. 2. cap. 24.* ubi pro hac sententia etiam allegat Erasmum *in annotationib. ad novum teſtamentum*, Martin. Bucerum, Johan. Brentium, & Theodor. Bezam. Sed memorabile est quod tradit tempe-

Digitized by Google

temperamentum: non enim leviter permittitur etiam innocenti, qui repudium misit, ut secundum matrimonium contrahat, sed per hos quasi gradus ad id pervenitur. 1. tentatur reconciliatio inter conjuges, auctoritate publica. 2. quod si ea locum non inveniat, monetur pars læsa & innocens, ut malit ab alio conjugio abstinere, & continentiam servare. 3. demùm si continere se & extra matrimonium castè vivere posse neget, permittitur ei aliud matrimoniũ. Eaque conditio: Wo fern er sich ohne gefahr seines Gewissens ausser dem Ehstandt nit enthalten mag/ꝛc. inseri solet in ipsa sententia super divortio ex causa adulterii: ut docet idem Beustius *cap.* 25. vid. & Schneidewein *de nupt. parte quartanu.* 32. *cum* 4. *seqq.* Et hæc de parte innocenti, an & quatenus moribus nostris aliæ nuptiæ post divortium ei permittantur.

Movetur † & altera quæstio de parte nocente an huic quoque secundæ nuptiæ sint permittendæ? Hæc quæstio in illis regionibus supervacua & odiosa est, ubi adulteria sunt capitalia: sicut sunt in Electoratu Saxonico & Palatino, paucisque aliis Germanorum ditionibus. Sed si adulter vel adultera capite non plectatur: ut passim fit & malè: ut judicat Jul. Clarus *in* §. *adulterium* & Joh. Fichard. *in consil. vol. 2.* sunt qui putant etiam parti nocenti secundas nuptias concedendas esse: quod etiam præceptor olim meus, Dominus Dethardus Horstius sequebatur (& idem sentit Wesemb.) & quinque rationibus confirmabat *in tractatu de divort.* Aliqui tamen hanc limitationem addunt, ne in loco delicti commissi amplius toleretur, scandali vitandi causa. Mihi valdè placet quod scribit Beustius *in tract. de matrim. cap.* 25. *si juridicè pronunciandum sit, non posse parti nocenti secundas nuptias concedi*: & memini tamen in vicino quodam oppido adulteram à viro repudiatam esse, quæ cum alio deinde matrimonium contraxit, nemine prohibente: Et quidem in eo loco ubi adulterii crimen commiserat. Sed ea res à bonis moribus vehementer abhorret, neque caret scandalo. 5

Porrò, † ex jure Canonico etiam hoc notandum est, quod si maritus postea quam repudiavit adulteram cum alia rem habuerit, cogatur repudiatam recipere: cujus ratio infrà intelligetur *sub capite sequenti.* 6

Notari † quoque potest ex eodem jure manifesta repugnantia circa adulterium. Nam *in cap. 4 extr. de judiciis*, adulterium recensetur inter leviora seu minora crimina: cum tamen *in can. 16. quidam omnibus 32. q. 7.* ex Clemente dicatur, in omnibus peccatis nullum esse adulterio gravius; cum quo judicio etiam cõcordant Impp. *in l. 7. C. Th de Indulgentia criminum*, ubi adulterium annumerant inter sæviora crimina. & Ulp. *in lib. Regularum in fragm. tit. de dotibus.* §. 9. Congruit quoque S. Isidorus *l. b. 3. Epist. 76.* ubi adulterium cum aliis vitiis conjugum conferens, ideò atrocius esse dicit cæteris omnibus, quia ipsam evertat substantiam matrimonij. Notavit quædam horum etiam eruditissimus Cujacius *in Recit. Decretal. ad tit. de judic.* negans sine calumnia excusari posse hunc Papæ lapsum. 7

CAP. X.

Exponuntur aliquot casus, quibus non possit conjunx conjugem de adulterio accusare, neque repudium ipsi mittere.

SUMMARIA.

1 *Primus casus, cum uterque coniugum adulterio est pollutus.*
2 *Delictum cum delicto compensatur.*
3 *Maritus pari, imò & maiori, continentiâ præditus esse debet.*
4 L. 13. §. *index ff. ad L. Cornel. de adult. conciliatio.*
5 *Secundus casus, cùm vir uxorem suam prostituit, vel lenocinium exercuit.*
6 *Tertius casus, cùm ex errore peccatum est.*
7 *Quartus casus, cum per vim compressa est uxor.*
8 *Quintus casus, cum uxor, maritum mortuum esse ex iustâ causâ credens, alteri nupsit, & ad priorem maritum reverti cupit.*
9 *Sextus casus: cùm uxor in priore matrimonio adulterium commisit, idque scivit præsens maritus.*
10 *Septimus casus: cùm reconciliatio intercessit.*
11 *Quid observandum in casu sævitiæ, sive malæ tractationis.*

SEptem observari possunt casus, qui præbent totidem exceptiones à superiori regula, qua tradebatur, posse ob aldulterium fieri inter conjuges divortium.

1 Primus † casus hic est; si uterque conjugum adulterio sit pollutus, *cap. pen. & ult. extr. de adulter. & stupro*, facit etiam *cap. 4. significast.*, *& cap. 5. ex literis, extr. de divortiis. can. 1. & seqq. per totum, causa 32. q. 6.* Ratio est, † quia in

2 criminalibus delictorum persecutionibus dolus cum dolo, delictum cum delicto compensari solet, *l. ult. § si. & stipulator. ff. de eo per quem factum erit, &c. l. 36. si duo. ff. de dolo malo. l. 10. si ambo §. quoties. ff. de compensation. l. 39. viro atque uxore. ff. solut. matrim. l. 4 §. Marcellus, ff. de doli mali & metus except. cum similibus.* Paria crimina, inquit, Innocentius tertius conveniente jure civili, compensatione mutua delentur, *d. cap. ult. extr. de adulter. & stupro.* Huc pertinet illa insignis sententia: *judex adulteri ante oculos habere debet, & inquirere an maritus pudicè vivēs mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Per iniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat, l. 13. si uxor. § 5. judex. ff. ad L. Jul. de adult.* Quam sententiam sumpsisse Ulpianum ex rescripto D. Antonini, & ex B. Augustino *lib. 2. ad Pollentium, & in lib. de bono conjugii* observarunt doctissimi Jurisconsulti, Jac. Cujacius *ad d. Nov. 22. pag. 161.* & Ant. Contius *lib. 1. subsec. lect. c. 7.* Item Franc. Balduinus *in Justin.* & rursus idem Cujac. *in Recitat. Decretal. ad t. de divort. p. 555.* videantur etiam *fragmenta Codicis Gregoriani.* Eôdem † pertinent quæ præclarè scribit idem Augustinus: N*hil iniquius quàm*

3 *fornicationis causa dimittere uxorem, si & ipse convincitur fornicari. Occurrit enim illud: in quo alterum judicas, temetipsum condemnas: eadem enim agis, quæ judicas* (quæ verba sunt Pauli *ad Roman. 2.*) *quapropter quisquis fornicationis causa vult abiicere uxorem, prior debet esse à fornicatione purgatus, Quod similiter etiam de fœmina dixerim.* Item: *intactam quæris uxorem? intactus esto. Puram quæris? noli esse impurus.* Item: *Iniquum est, ut quisquam de alio judicare velit, & judicari de se nolit.*

Item:

Item: *tu exigis hoc ab uxore, (videlicet ne mœchetur) & non vis reddere hoc uxori: & vis uxorem tuam victricem esse libidinis: tu victus jaces?* Idem elegantissimè addit: *ubi melius vivit mulier, quàm vir, ibi capite deorsum pendet domus.* Alludit quippe ad illud Paulinum, *Vir caput est mulieris, 1. ad Corinth. cap. 11. in pr. & ad Ephes. cap. 5.* Videantur plura *in can. 1. 2. 3. & ult. caus. 32. q. 6.* Nec minùs huc pertinet præceptum Lactantii Firmiani: *Exemplo continentiæ docenda est uxor, ut se castè gerat. Iniquum est enim ut id exigas, quod præstare ipse non possis.* Cui simile locum apud Gregor. Nazianzenum, observavit Cuiacius *ad d. N. 22. p. 161.* Verùm † quod dixi paulò ante de compensatione doli cum dolo, & delicti cũ delicto ei obstare videtur, *l. 13. si uxor. §. judex. ff. ad L. Iul. de adult. in verbis: quæres potest & virum damnare, non rem ob compensationem mutuam criminis inter utrosque (coniuges) communicare.* Ecce hîc compensatio non admittitur, sed uterque coniugum dicitur damnari. Sed facilis est solutio. Compensatio mutua delet paria crimina, sive dolus cum dolo compensatur, quoad Jus privatorum: non autem quoad vindictam publicam, sive quoad vigorem publicæ disciplinæ. Huic enim, sicut transactio privatorum de crimine nihil præjudicare potest (ut docet Delrio *ad L. Transigere. C. de transact.*) ita neq; compensatio quicquam ei detrahere debet. Cùm igitur adulterium sit crimen publicum; potest is, qui jurisdictioni præest, nullâ habitâ ratione compensationis, nihilominùs & virum & uxorem adulterii reos ad supplicium rapere pœnâ afficere atq; ita intelligenda est *d. l. 13. §. judex. 5. in f. ff. ad L. Iul. de adulter.* Atque hæc de prima exceptione. 4

Secunda † exceptio est, si vir uxorem suam prostituerit, sive lenocinium exercuerit; tunc enim ob adulterium cuius ipse auctor fuit, repudiare eam nõ potest: *cap. 6. discretionem. §. Quod si forsitan extr. de eo, qui cognov. consangu. uxor. sue.* Huc pertinet *l. 47. cùm mulier. ff. sol. matr.* ubi eleganter ait Scævola: *Cur improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit.* Videatur & *l. 25. si publico. ff. ad L. Iul. de adult.* Ratio videtur eadem esse quæ suprà in prima exceptione, videlicet mutua compensatio parium criminum (lenocinii cum adulterio.) Sed hîc quoq; non debemus putare, quod vel uxori adulterium, vel viro lenocinium suum abeat impunitum. Imò verò Magistratui nihilominus adversus utrumq; sua pœna manet integra. *d. l. 2. §. si publico.* observandum est tamen multum interesse an uxor invita prostituatur an volens & consentiens: nam hæc tantùm illa non item obnoxia est crimini adulterii, & proinde pœnæ. *d. cap. 6. §. quod si forsitan. extr. de eo qui cogn. &c.* facit etiam *cap. 5. sacris. extr. de his quæ vi metusve causa fiunt. & can. 3. Itane*, cum multis aliis canonib. *caus. 32. q. 5.* 5

Tertia † exceptio est, si mulier per errorem fortè compressa sit ab eo, quem proprium esse maritum credebat: vel si vir per errorem cum aliena tanquã sua uxore concubuerit, *can. 6. in lectum. 34. q. 2.* Videndus est hac de re elegans Commentarius Johan. Corrasii in Arrestum Tolosanum de quodam Pseudo Martino Guerra: cuius historiam attingit etiam Heinricus Stephanus *in Apologia pro Herodoto.* Sic exemplum Fribergense (in Misnia) allegat Beustius *de matrim. part. 2. cap. 23.* 6

Digitized by Google

7 Quartò, † si mulier per vim compressa sit ab alio viro: Nam hæc quoque quasi propter adulterium non potest à marito repudiari, *l. 39. vim passam. inpr. ff. ad L. Iul. de adulter.* Ratio & huius & præcedentis exceptionis eadem est quia utrobique abest consensus, abest dolus malus, sine quo non committitur adulterium. Huc pertinent aliquot Canones, *d. ca. 32. q. 5.*

8 Quintò † non potest divortium peti propter adulterium, si mulier, quæ viro suo in captivitate aut expeditione per plures annos commorante contestationes de morte viri deposuerit, quas veras esse credebat, quia scil. testes fide digni juratò deposuerant ipsum obiisse, *Nov. 117. c. 8. & Auth. Hodie. C. de repud. cap. in præsentia. extr. de sponsal. & matrim.* atque ita alteri nupserit: postea verò priore marito domum reverso si abstineat à consuetudine posterioris mariti cupiés ad priorem reverti: tum, inquam, potest licitè hoc facere neque adulterii insimulari. Sin autem à secundo marito non abstineat, sed ipsius consortium priori præferat: tunc demùm potest tanquam adultera privari communione Ecclesiastica, *can. cum per bellicam.* & pluribus aliis. *34. q. 2.*

9 Sextò, † non potest peti divortium, si mulier dum erat nupta priori viro, adulterium commiserit, & hoc sciens posterior vir nihilominùs eam duxerit. *l. 13 si uxor. §. ult. ff. ad L. Iul. de adult.* Ratio est, quia vir abolevit delicta prioris matrimonii reducendo eam, & serò accusat mores, quos ducendo semel probavit. *d. §. ult.*

10 Septimò, † maritus non potest divortium petere à muliere, cui reconciliatus est post commissum adulterium: vel si sciens ipsam adulteram in conjugio tamé retinuerit. Nam hìc quoq; serò accusat mores mulieris, quos semel probavit: atq; ut injuriarum actio tollitur dissimulatione, & reconciliatione sive tacita, sive expressa, sic etiam crimen adulterii inter conjuges aboletur tàm dissimulatione, quàm reconciliatione. Hìc tamen notandum est, ex jure canonico, virum non priùs debere mulierem adulteram recipere in gratiam, eique cohabitare, quàm illa pœnitentiam egerit. Alioquin enim ipse vir duobus vel tribus annis pœnitentiam agere, & matrimonio ab ea abstinere jubetur. *can. si quis uxorem 32 q. 1.* Atque hæ sunt causæ vel exceptiones, de quibus hoc capite proposueram dicere.

11 Quod autem suprà promittebam, me indicare velle, quid † observandum sit in casu sævitiæ, sive malæ tractationis: id nunc breviter exequar. Sciendum est igitur, si propter sævitiam mariti uxor ei tutò cohabitare non possit, maritũ ad instantiam eius cogi præstare cautionem, quæ dici solet *de non offendendo.* Nó solùm autem fidejussoribus datis cavere potest, sed etiam aliquando relinquitur juratoriæ cautioni. Sed si adeò magna ac formidabilis tyrãnis ac sævitia sit, ut parum præsidii in cautione fragili, quæ malignum propositum non mutat, mulieri esse videatur: non cogitur mulier marito sævienti ne quidem ad ipsius cautionem se committere. Judicis autem arbitrio hoc relinquendum est, an & quando tanta viri sævitia sit, ut nullo remedio cautionis possit sufficiens securitas mulieri procurari. Hac de re agunt Canonistæ, Panormitanus & Hostiẽsis *in cap. transmissa, & capit. literas, in fin. extr. de restitut. spoliator.* & extant pulcher-

Digitized by Google

charissima consilia duo à me observata, quæ qui legerit nihil ferè amplius, quod huc pertineat desiderare poterit. Unum est Martini Uranii professoris quondam Tubingensis (ante 100. annos) *tom. 2. consil. 66.* Alterum est Johan. Borcholti *consil. 16.* His addi potest etiam Hieron. Schurffius *consil. 42, cent. 1.*

CAPUT XI.

De Matrimonio per mortem soluto: & de quibusdam aliis quæstionibus remissivè.

SUMMARIA.

1 *Modus certissimus solvendi matrimonii, mors.*
2 *Consilium Iustiniani in Novel. 22. cap. 20. §. 1. de perseverando in viduitate.*
3 *De coniugio adscriptitii cum liberâ non permittendo, sed dirimendo. ex Novel. 22, c. 17*
4 *De quibusdam aliis causis, an propter eas matrimonium solvatur, aut dirimendum sit, remissivè.*

DIctum est huc usque de modis solvendi matrimonii, qui contingunt vivo ac superstite utroque conjuge, idq; bona gratia, cuius quatuor sunt figuræ, vel species: vel per repudium, cum sunt causæ aliquot, sed jure novissimo redactæ ad pauciores, quàm olim fuerint. Sequitur † de 1
dissolutione matrimonii, quæ fit alterutrius conjugis morte: quæ cùm omnia solvat, omniumque sit rerum terminus, & meta, ad quam omnes properamus, & ultima linea: non est mirum quod matrimonio quoque finem afferat. Extat tractatus Sebastiani Medicis: *Mors omnia solvit.* Idque etiam apud Apostolum Paulum *ad Roman. cap. 7. v. 2. & in 1. ad Corinth. cap. 7. v. 39.* Hic igitur modus extra omnem est controversiam: de quo agit Justinianus *in d. Nov. 22 c. 20. Desinceps.* Tantum restat videre, quid juris sit quod inde consequatur, sive quid fiat de bonis à defuncto relictis: quid inquam Juris habeat superstes in bonis, sive lucra sint nuptialia, sive dos, sive donatio propter nuptias. Sed quia hæc res non tam ad jura nuptiarum, de quibus *hac parte quarta*, potissimum agere instituimus, quàm ad jura dotium, & donationum propter nuptias, pertinet, de quibus mox dicemus *parte quinta*: explicationem eius illùc reservabimus. Interim videri potest Cuiacius *ad Nov. 22. pag. 163. cum tribus seqq.*

Observetur quoque interim † consilium sive suasio Imperatoris *in d. cap. 20.* 2
§. 1. ad perseverandum in viduitate, quæ his verbis continetur: *felix quidem & beatũ est utriq; contrahentiũ perdurare in priori coniugio* (id est, in viduitate persistere) *& non procreatam sobolem sequentibus matrimonijs forsitan contristare.* Ex quo textu colligitur, quasi quandam injuriam fieri liberis primi matrimonii superinducta noverca. Dicunt etiam vulgò Dd. per secundas nuptias contristari priorem, sive defunctum conjugem. Sed de secundis nuptiis, quàm sint illæ odiosæ & jure civili & sanctis Patribus jam suprà uberiùs exposui *c. 3. & 4.*

Agitur † etiam *in eadem Nov. 22. c. 17.* de connubio adscriptitii cum libera mu- 3
liere non permittendo, sed dirimendo, quamvis sciente & consentiente domino fa-

no facta ſit conjunctio: de quo etiam videatur *l. ult. C. de agricol. & cenſit. lib.* 11. & *Auth. ad hoc. C. de Latin. libert. toll.* Erant autem adſcriptitii, quaſi ſervi, dicti, quòd glebæ aſcripti eſſent, (id eſt, certo agro vel fundo) agriculturæ exercendæ cauſa.

Quomodo verò hac in re, id eſt, quoad matrimonium etiam durior fuerit ipſorum conditio, quàm ſervorum & quare: quid item juris ſit de adſcriptitia nubente libero homini, & cuius ſint conditionis liberi inde nati, videri poteſt apud Cuiac. *ad Nov. 22. pag. 161. & ſeq.* Nos in his talibus, quæ non amplius ſunt in uſu, immorati nihil attinet.

4 Incidunt † autem ſæpè in vita communi etiam aliæ quæſtiones variæ de matrimoniorum ſeparatione licita vel illicita: v. g. an propter morbum incurabilem ut eſt lepra ſeu Elephantiaſis; ut eſt ſæpenumero Siphilis, id eſt, morbus Gallicus, &c. fieri poſſit divortium: an propter furorem ſupervenientem: an propter deſertionem malitioſam: an propter imprægnationem ab alio factam ante ſponſalia vel matrimonium, ſi quis videlicet inſcius duxerit vitiatam ab alio: an propter infidelitatem vel hæreſin: Item, an uxor maritum vagabundum ſequi teneatur & ſimiles. Sed de huiuſmodi quæſtionibus hîc latius tractare non eſt noſtrum. Videri poteſt Joach à Beuſt *in tract. de matrimon. parte 2. c. 11. & 12. c. 26. de deſertione cum aliquot ſeqq c. 32. c. 35.* Et Alberic. Gentilis *in libris de Nuptiis*, quos fecit ſeptem accuratiſſimos, omnique eruditione refertiſſimos. De quibuſdam etiam agit Johan. Schneidewein *ad t. de nupt. parte 4. de Divortiis. n. 43 cum ſeqq. quatuor n. 53.*

CAPUT XII.

De Liberorum differentia & Legitimatione. Ad Nov. 74. & 89. cum aliis concordantibus.

SUMMARIA.

1. *Ratio connexionis.*
2. *Liberorum diviſio.*
3. *Legitimi liberi.*
4. *Naturales liberi.*
5. *Legitimati liberi.*
6. *Alia liberorum genera, κατ' ἀποδόσεις.*
7. *De modis legitimandi liberos.*
8. *De legitimatione per ſubſequens matrimonium.*
9. *De legitimatione per principis reſcriptum, atque inibi de Comitibus Palatinis, & Papâ.*
10. *De legitimatione per oblationem curiæ.*
11. *De legitimatione per nominationem filii.*
12. *De legitimatione per adoptionem ſublatâ.*
13. *De iure liberorum legitimatorum, remiſſivè.*
14. *Cuinam iudicis ſit cognitio de matrimoniis, indeq; pendente iure liberorum.*

1 Actenus de nuptiis: quarum † quia fructus & germina ſunt liberi, quorum etiam voto pii parentes matrimonia contrahunt, ut eleganter ait Calliſtratus *in l. 220. liberorum. ff. de V. S.* De his reſtat ut dicamus.

2 Sed † liberorum alii ſunt *legitimi*, alii *naturales*, alii denique *legitimati*.

Qui-

Digitized by Google

Quidam ſic dividunt, ut alios appellent *legitimos & naturales ſimul*, alios *legitimos tantùm*, alios *naturales tantùm*, alios *legitimatos*. Sed cùm *legitimos* dicimus, non excludimus naturam, ſed à potiori ſumimus denominationem: ut aliàs quoque fieri ſolet, Cicerone etiam atteſtante, *lib. 5. de finib.* Quare poſſumus trimembri hac diviſione eſſe contenti. *Legitimi* † liberi ſunt, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt, quos & natura & lex agnoſcit: quibus opponuntur Adoptivi, quos vulgò vocant *legitimos tantùm*: quaſi verò non etiam in liberis adoptivis accedere poſſit ad legem etiam natura; quod videre eſt in eo, qui adoptatur ab avo ſuo materno, & ſimilibus. *Naturales* † ſunt, (vulgò *naturales tantùm*) quos etſi lex non agnoſcit, natura tamen agnoſcit: qui ex concubina ſuſcepti ſunt, id eſt, tali fœmina, cum qua poterat quidem eſſe matrimonium, ſi acceſſiſſet maritalis affectio; non tamen fuit matrimonium, quia illa defuit. Hos etiam *nothos* appellant: quidam, ut Haloander, *ſpurios* verterunt, quod tamen reprehendit Cuiac. *ad Nov. 12.* *Legitimati* † liberi ſunt, qui cùm eſſent initio tantùm naturæ cogniti, ſive naturales, & extra patriam poteſtatem conſtituti; poſteà per aliquem ex modis à lege inventis patriæ poteſtati ſunt ſubjecti. 3 4 5

Sunt † quidem etiam plures aliæ ſpecies liberorum: ut *adulterini* Ehebrecher *ſ. inceſtuoſi.* (Blutſchand) item *ex nefario & damnato coitu ſuſcepti*: Item, *manſeres*, (in libris Moſaicis ſic appellantur) *ſpurii*, quos Seneca *publicos pueros* vocat, & de quibus Martialis: *Cui populus pater eſt, non habet ille patrem.* Sed his omiſſis (de quibus videri poteſt Gabrielis Palæoti Cardinalis tractatus *de ſpuriis*) hîc tantùm de modis legitimandi liberos explicemus. 6

De his † agitur à Juſtiniano *in Nov. 74. & 89.* Fit etiam eorundem mentio in aliis quibuſdam Novellis: ut *N. 12. 18. 78. & 117.* Eodem q; pertinet *tit. Cod. de naturalib. liberis, & matrim. eorum, & ex quib. cauſis juſti efficiantur.* Item *§. ult. Inſt. de Nupt.* Legitimantur autem liberi tribus potiſſimùm modis. 1. ſubſequente matrimonio. 2 reſcripto principis. 3. oblatione curiæ. Primus horum modorum inventus eſt à Conſtant. Magno: Alter à Juſtiniano: tertius à Theodoſio. 7

Primus † modus ita fit: ſi quis cum in concubinatu ex muliere ſive ingenua, ſive ancilla ſuſceperit liberos naturales, eosq; velit ſibi ſuos ac legitimos facere, ſive juſtos, ut ducat eam mulierẽ in uxorẽ, atq; ita concubinatũ convertat in matrimoniũ. Neq; verò ſatis eſt, ut ſequatur matrimoniũ, ſed oportet etiam intervenire inſtrumenta dotalia vel ſcripturã. *d. Nov. 12. parte 2. N. 18. N. 117. c. 2.* Atq; hoc proprium eſt iſtarũ nuptiarũ: aliàs enim nuptiæ talia non requirunt; ſed poſſunt fieri & conſiſtere etiam ſine tabulis matrimonialibus, ſicut & ſine dote, & ſine donatione propter nuptias, ut aliàs dixi. Et hic eſt omnium optimus & perfectiſſimus modus, maximeq; favorabilis, quo prior macula, quæ liberis ex concubinatu adhærebat, quaſi eluitur, & pro eò habentur deinceps, ac ſi in matrimonio legitimo & juſto editi fuiſſent. Non tamen hi conſequuntur jura ſucceſſionum in feudis: qua de re Feudiſtæ tractant, & dixi *in partitionibus Feudal. lib.* Ampliatur autem hic primus modus, ut etiam valeat exiſtentibus liberis juſtis, non minùs quàm ſi nulli extarent. Deindè, quamvis in ar- 8

Digitized by Google

ticulo mortis quis constitutus, duxerit uxoré, quã priùs habuerat pro cõcubinã: nam tunc quoq; legitimi fiunt liberi, ut habet etiam Andr. Gail. *in observ. lib. 2. obs. 141.* Sed tamen sunt nonnulli casus, quibus hic legitimandi modus nõ procedat, nec adhiberi possit, ut si concubina jam sit mortua: si connubio sit indigna, id est, si justa uxor haberi non possit, ob nimiam disparitatem conditionis: si sit absens: si pater cooptatus sit in clerum. Videatur & Cuiac. *ad Novel.* 74. Tunc igitur si primus modus locum habere non possit: succedit alter, quasi per secundam navigationem, ut proverbio dicitur, (κατὰ δεύτερον πλοῦν) videlicet per rescriptum Principis.

9 Hic † secundus modus ita contingit: ut vel pater, qui ex concubinâ liberos naturales suscepit, Imperatori preces offerat, & desideria sua exponat libello supplice: vel etiam ut ipsi liberi naturales id faciant, prolato simul testamento patris sui, qui heredes ipsos instituerit. His desideriis sive precibus annuens princeps, vel subscribit eidem chartæ, seu membranæ, vel seorsim dat libellũ seu rescriptum legitimationis. Est autem hoc jus legitimandi unum ex Regalibus, de quibus explicant Feudistæ. Sicut enim potest princeps homines libertinæ conditionis restituere natalibus, in quibus initiò omnes homines fuerũt, cùm nondum jus civile à naturali separatum ac descriptum esset. *l. 2. ff. de nat. restit. & l. imperialiũ. 23. §. 1. C. de Nupt.* quo tempore & servitus incognita erat & manumissio, & libertinitas: in qua restitutione natalium, sive ingenuitatis interveniebat etiam Jus aureorum annulorum, quibus à principe restituendi donabantur, quasi cuiusdam præparationis & præpurgationis loco: Ad eundem modum etiam liberos naturales potest princeps facere suos parentibus ac legitimos & justos, eosque restituere antiquis natalibus, in quibus erant omnes homines, antequam descriptæ essent leges. Tunc enim omnes liberi eiusdem erant conditionis, non autem alii naturales, & alii legitimi. Sed de hoc secundo modo observandum est, duo debere concurrere; (vulgò *requisita* vocant *legitimationis per rescriptum.*) primùm, ut nulli extent liberi legitimi sive justi Secundò, ut liberi naturales, de quibus per rescriptũ legitimandis agitur, sint ex muliere libera procreati Unde simul elucet differentia huius secundi modi à primo: nam primus per subsequens matrimoniũ, habet locum, sive extent alii liberi justi ac legitimi sive nulli: ut & suprà dixi, & probat Cuiac. *ad Novel. 12. p. 98 & ad N. 74. p. 277.* Deinde, primus modus procedit etiamsi liberi naturales ex ancilla fuerint suscepti. Nam hac quoque in uxorem ducta, cùm priùs esset concubina, liberi legitimantur: quod fieri non potest per hunc secundũ modũ. Ut autẽ hodiè in usu frequens est primus modus; ita & secundus: de quo hoc primò notandum, crebrò eum exerceri ab Imperatore nõ immediatè, neq; per eos, quos à latere habet, consiliarios: sed mediatè etiã longinquis in locis, per eos, qui vocantur *Comites Palatini*, qui & Notarios creandi, & lauru poëticâ donandi potestatẽ à summo principe acceperũt: Qua quidẽ facultate nonnulli ad quæstum suum & rem faciendã turpiter abutuntur. quod tamen sine bonorum virorũ injuriâ dictum volo. Sunt n. etiã qui hoc jure Comitivę rectè utantur; neq; debent propter culpã malorũ etiã reprehendi vel infamari boni: nec

res

Digitized by Google

res ipsa tolli propter abusum. Maneat usus; tollatur abusus. Secundò notandū est, etiā Papam Romanū sibi sumere jus legitimandi: de quo genere legitimatorū à Papa, quæsitum memini apud DD. an sicut legitimatio ab Imperatore facta (nec refert immediatè vel mediatè) ubiq; per totum imperiū vim suā exerit atq; extendit. Ita etiam legitimati à Papa ubique pro legitimatis agnoscendi sint? Et plerique concludunt, legitimationem Papalem non ultra ditionem Ecclesiæ Rom. (patrimoniúm Petri vocant) obtinere aut valere.

Tantum de secundo modo legitimationis, per rescriptum videlicet. Sequitur † de tertio, quem vocavi oblationem curiæ. Etsi autē hic modus in desuetudinē abiit, & à curia sive ab aula (ut Accurs. loquitur) recessit: tamen de ipso quoq; pauca dicemus propter cognitionē antiquitatis, *arg. §. 1. Inst. de testam. ordin.* Igitur hic modus tripliciter contingebat: 1. aut pater filios naturales offerebat curiæ civitatis, idq; teste populo, vel actis intervenientibus. 2. aut filias naturales in matrimoniū dabat curialibus. 3. aut ipsi filii naturales sese offerebant curiæ, idque vel ex ultima voluntate patris, vel ultrò suaq; sponte. Erant autē multa curialiū onera, de quib. passim in legib. Codicis & Novellis Theodosii, aliorumq; Impp. ante Justinianū. Ut igitur ad onera illa sustinenda, quæ pleriq; refugiebant, multi invitarentur: hunc legitimationis modum prudenter excogitavit Theodosius, ut honor & commodū legitimationis esset quasi illecebra quædā ad subeunda æquiore animo onera curiæ. Ac notabilis est differentia huius tertii modi à priorib. duob., quoad effectū, videlicet in eo, quod hoc tertio modo legitimatus tantū Jus Suitatis consequitur: cum duo superiores modi non tantū jus suitatis, sed etiā agnationis tribuant. Vide *l. communiū. 9. C. de natur. liber.* In eo autē cōvenit hic tertius cum primo modo, quod uterq; procedit etiā existentib. legitimis liberis: tametsi in eo differant primus & tertius modus, quod pater legitimato per oblationē curiæ non potest plus dare vel relinquere, quàm uni ex justis liberis, cui minimum dederit vel reliquerit: cūm ad hanc legem non sit adstrictus, qui primo modo legitimavit: Is enim non prohibetur plus dare legitimato, quàm iis, quos ex justis nuptiis procreavit. 10

His tribus † legitimandi modis accedat & quartus *ex N. 117. c. 2.* unde sumpta est *Auth. si quis liberos C. de natur. liber.* videlicet nominatio filii vel filiæ à patre in instrumento facta. Qui modus ita contingit: si pater habens liberos naturales ex muliere libera, quæ justa uxor ei esse potuisset, nec tamen fuit, dicat vel in instrumento, sive publico, sive privato, cui tamen tres testes fide digni subscripserint: vel in testamento: vel apud acta, (quæ & *gesta monumentorum* dicuntur) si, inquam, dicat, hos vel has esse filios vel filias, suos suas vè, nec addat vocabulum naturales: hæc nominatio eam vim habet, ut liberos suos ac legitimos sive justos patri efficiat. Quod ampliatur, ut procedat etiamsi plures habens filios vel filias naturales, non omnes nominet suos filios vel filias, sed tantùm unum ex illis vel unam. Cæteris enim non nominatis jura legitima nihilominùs inde competunt. Ratio est, præsumptum matrimonium, quod cum eorum liberorum matre pater habuerit: quam rationem ipse Imp. *in d. N. 117.* his verbis indicat: *c. 2. Ex hoc enim & cum eorum matre monstratur legitimum* 11

habuisse matrimonium, &c. De his quatuor modis videatur etiam Johan. Faber *in Breviario Codicis ad l. 4. C. de natur. liber.* De quibusdam etiam Andreas Gail. *lib. 2. obs. 140. cum duab. seqq.* De secundo autem modo explicant & Canonistæ *ad cap. 6. tanta. extr. qui filii sint legit.* & Johan. Fichard. *consil. 28. vol. 2.* & Modestin. Pistorius *consil. 7. vol. 2.* Item Herman. Vult. *consil. 17. inter consilia Marpurgensia, vol. 3.*

12 Quæritur, † an non sit etiam alius & quintus modus legitimationis, videlicet adoptio? Olim quidem hic quoque erat legitimandi modus, ex Const. Anastasii *in l. 6. jubemus. in f. C. de natur. liber.* Sed eum sustulit Justinianus *in l. 7. legem. C. d. t. & in Novell. 89.* Quod non sic accipi debet, quasi adoptionem ipsam sustulerit, vel arrogationem, de qua in libris nostris toti extant tituli, ff. C. & Inst. sed quod hunc effectum adoptioni ademerit. Quæret aliquis, an non idem modus reducatur *per d. Nov. 117. c. 2.* Ac tametsi id dicendum videbatur, argumento sumpto à minori ad majus, quia si nominatio filii hoc facit, ut filius naturalis fiat legitimus, multò itaque magis hæc vis adoptioni tribuenda esse videtur: tamen rectè hoc negat Cuiac. *ad d. Novel. 74. pag. 279.* Non enim argumentando, aut per consequentias debemus inducere Jus novum, aut in usum revocare, id quod semel est abrogatum, cum correctio legum, utpote odiosa vitanda sit, nec per interpretationem adjuvanda: sed opus habeat diserta legislatoris voluntate, non quæ per conjecturas & consequentias eliciatur.

Post explicatos modos legitimationis, (quorum duo priores etiam hodiè in
13 usu remanent, reliqui duo ferè obsoleverunt) debebat † aliquid etiam addi, de jure liberorum legitimatorum. Sed quia hoc pertinet ad locum de successionib., eò reservãdũ videtur, ubi etiã de reliquorũ liberorũ jure, quod in successionibus habẽt vel non habent, dicendum erit. Interea videri hac de re possunt quæ traduntur *sub tit. C. de natur. liber.* & à Cuiacio *ad Nov.* 18.

14 Hic obiter † quæri potest, sub finem huius quartæ partis, in qua de nuptiis & legitimatione liberorum egimus, cuiusnam sit judicis, cognitio de matrimoniis, & de liberorum conditione, quæ inde pendet? De hac magni momenti quæstione tenendum est breviter, Canonistas quidem sive Pontificios Doctores omninò causas matrimoniales, tanquam spirituales, trahere ad forum Ecclesiasticum, sive ad spiritualem, ut vocant, cognitionem ad suum molendinum derivantes aquam. Itaq; secundum ipsos, judex cõpetens taliũ causarum non est alius quàm Episcopus sive Diocœsanus eius loci, in quo matrimoniũ contractũ est, vel ubi degunt illi, inter quos de matrimonio nata est controversia. *Matrimonia*, inquiunt, *reguntur jure Poli, non jure fori.* Videantur Canonistæ *ad cap. pen. & ult. extr. de sec. nupt.* & Panormit. aliiq; *ad c. 10. ex conquestione. extr. de restit. spoliator.* Quã sententiam refert etiã Scheidew. *ad t. de nupt. quarta parte in pr. n. 6.* Sed qui à Papa & Ecclesia Romana secessionẽ fecerunt, & vulgò *Protestantes* dicuntur, causas matrimoniales disceptari volunt non sub Episcopis, sive in foro Ecclesiastico, sed aut in suis Cõsistoriis, quæ ferè ex Politicis & Juriscõsultis, aliquãdo & Theologis adhibitis, cõstant: aut etiã in judiciis merè civilib. in quo nulli adsũt Theologi (ut Norimbergæ fit) sed tantũ Assessores &

Scabini

Digitized by Google

Scabini ſunt JCti. Exẽpla hujus rei ſunt ante oculos. Et clariſs. noſter Hubertus Giphanius *in comment. Cod. ad initiũ lib. 5.* accuratè diſputat, cauſarũ matrimonialium cognitionem ad magiſtratum civilem pertinere. De eo tamen convenit inter plerosque etiam ex Proteſtantibus, ſeu confeſſionem Auguſtanam amplexis: in cauſis matrimonialibus, ſequendum eſſe jus Canonicum (etiamſi non in foro canonico) hac tamen addita limitatione, quatenus illud jus non repugnet ſacris literis. Videatur Mynſing. *ad t. inſt. t. de gradib. n. 2. ad rubric.* & Modeſtinus Piſtoris *conſil. 7 num. 3 junctlo conſil. 35. n. 33. & ſeqq. vol. 2.* & Vulteius, *d. conſil. 17. n. 13. vol. 3. in conſiliis Marpurgenſibus.*

CAP. XIII.

De partu legitimo. Ad Novell. 39. c. 2.

SUMMARIA.

1 *Partus undecimi menſis Juſtiniano illegitimus.* | 2 *Hodiè, legitimus.*

ADmonet nos hic locus, ut breviter etiam de legitimo partus tempore dicamus: quoniam & Imp. de eo non tacuit *Novell. 39.* ubi *in poſteriori capite* agit de ea muliere, † quæ parit undecimo menſe poſt mariti obitum. Talem partum Imperator *mirabilem* vocat (ſicut alibi etiam partum quinquagenariæ) Imò & *omnium impiſſimum*: idque ideò, quia putat non poſſe hunc partum dici conceptum ex defuncto, cùm tempus geſtationis tàm diu non extendatur. Quare etiam pœnam ſtupri infligit tali mulieri. iisdemque pœnis præterea obnoxiam eſſe vult, quibus illa obſtringitur, quæ intra annum luctus denuò nubit. Nam utraque injuria afficit maritum priorem, & altera quidem etiam graviore. Sed quia † hæc res valde lubrica eſt propter magnam incertitudinem ac varietatem, quæ partui humano, præ cæteris animalibus à naturâ indulta eſt: ut docent Philoſophi & Medici idcirco ab hac conſtit. Juſtiniani meritò receſſum eſt, (moribus noſtris) & talis etiam partus pro legitimo habetur, dummodo non poſſit vidua aliter convinci de ſtupro. Hac de re videatur inſignis locus apud Joach à Beuſt. *tract. de matrimon. c. 36. parte ſecunda*, ubi teſtatur ſuo tempore Witebergæ pronunciatum eſſe in conſiſtorio pro vidua honeſta, quæ undecimo menſe poſt mariti obitum pepererat filiolam. Eadem de re idem Beuſtius etiam ſcripſit *in commentar. ad l. 3. num. 36. ff. de jurejurand.*

1

2

CAP. XIV. & Ultimum

De matrimoniis, clericorum & ſacerdotum.

SUMMARIA.

1 *Clerici poſt ordinationem uxores ducere prohibentur.*
2 *Quod meritò improbatur.*
3 *Martini Kuhornii reſponſum iuris de commodo clericorum commendatur.*

Digitized by Google

IN hac parte quarta, ubi potissimùm Novellas de nuptiis agentes exposuimus, non videtur omittendus esse locus de matrimoniis clericorum & sacerdotum. 1 Justinianus † quidem ea simpliciter prohibuit contrahi post ordinationem: sed qui ante ordinationem haberent uxores, eas non repulit; dummodò illa esset prima ac sola uxor: tùm ne esset vidua, aut aliter à viro priore separata, neque aliter legibus aut sacris canonibus connubio interdicta: qua de re vide *Nov. 123. c. 12. & c. 14. & c. 29. & Nov. 137. c. 1. prope finem*: ubi refert Imperator verba Basilii Magni, *digamos canon ministerio excluſit, & ex iis progenitos*. Eodemque pertinet *tit. Decretalium de bigam. non ordin. lib. 1. t. 21.* 2 Verùm † quid de coacto eiusmodi cœlibatu sentiendum sit, aliorum prolatis autoritatibus dixi *supra parte 1. c. 7.* & ex recentioribus Jurisconsultis de hoc argumento egregiè † disseruit Martinus Kuhornius advocatus Cameræ Imperialis, *consi 5. tom. 1. diversorum consiliorum Francofurti edito Anno 1601.* quem omninò legi velim. Disputat autem ibi, de quodam Episcopo Brandenburgensi in Marchia Electorali anquè duxerit uxorem, & an liberi eius capaces sint successionis feudorum: concludens affirmativè utramq; quæstionem.

FINIS QUARTÆ PARTIS.

PARS QVINTA

Methodicæ Novellarum Expositionis: In qua agitur de Dotibus & Donationibus propter nuptias: nec non de aliis ad Donationes pertinentibus.

Prafatio continens rationem ordinis.

SUMMARIA.

1. *Dotes & donationes propter nuptias, posside- | ctum, & emptionum.*
qua sunt nuptiarum: ut adilitium edi- | 2. *Propositio & partitio.*

---

1 QVemadmodum † Justinianus *in l. 2. c. de vet. jur. enucl.* ubi septem partes Digestorum suâ autoritate compositorum recensens, & ordine singularum partium argumenta præcipua edisserit, ædiliciũ edictum, & actionem redhibitoriã & duplæ stipulationem, & actionem de evictione, eleganter vocat pedissequas emptionum & venditionum *in §. 2. quartus autem locus d. l. 2.* Ita nos quoque haud inscitè, ut opinor, nuptiarum pe-
2 dissequas appellabimus Dotes & Donationes propter nuptias: de quibus † *sub hac parte quinta* breviter explicabimus, posteaquam de nuptiis ipsis velut domina sive matrona satis egimus, *parte præcedenti*. Deinde quia etiam de aliis: speciebus donationum aliqua in Novellis afferuntur; ea similiter in hanc veluti classem coniiciemus.

CAP.

Digitized by Google

CAP. I.

Ad Nov. XCVII. & quidem in specie d. cap. 1. d. Novellæ.

SUMMARIA.

1 *Inscriptio Nov. 97. varia.*
2 *Propositio.*
3 *Dos & donatio propter nuptias se mutuò respiciunt.*
4 *Æqualitas in dote & donatione propter nuptias requisita, duobus modis accipi potest.*
5 *Inæqualitas dotis & donationis per Novell. 22. permissa: & quatenus?*
6 *Æqualitas dotis & donationis non tantùm quoad pacta de lucrando, sed etiam quoad quantitatem, requiritur à Justiniano: Novell. 97. cap. 1.*
7 *Moribus nostris æqualitas dotis & donationis propter nuptias non observatur.*
8 *Soluto matrimonio ad quem redeant dos donatiove propter nuptias.*
9 *Diversitas duplex inter dotem & donationem propter nuptias.*
10 *Fructus dotis ad maritum, donationis autem propter nuptias non ad uxorem pertinent.*
11 *Quam utilitatem mulier ex donatione propter nuptias acquirat?*
12 *Prælationis privilegium quod in dote habet mulier, non etiam habet in donatione propter nuptias.*
13 *Ex coniugibus qui nihil intulit, nihil etiam aufert: qui minus quam promisit, non plus aufert.*
14 *Pactum de lucranda dote, tacitè etiam vicissim de lucrandâ donatione factum esse videtur.*
15 *Quanam actione uxor maritum ad constituendam donationem compellere possit?*

HÆc Novella celeberrima in codice regio, teste Cujacio, † simpliciter ita inscripta est: *de iure dotis*: appellatione videlicet sumpta, ab eo quod potissimum est, *arg. l. cum quæritur. ff. de statu homin.* In editione verò Græca Haloandri & Scrinigeri hunc habet titulum: *De æqualitate dotis & antenuptias donationis. Habet autem & alia capita.* In veteri translatione Novellarum, prolixa est Epigraphe: in qua ordine quinque vel sex diversa enumerantur capita, quæ de dote & donatione propter nuptias, *in ead. Nov.* continentur, ut videre licet in vulgatis libris Authenticorum, etiam in Gothofredi editione & Pacii. Ea † igitur capita secuti ordinem textus, quem & Cujacius retinet excutiemus. 1 2

Sunt autem pauca præmittenda evidentioris doctrinæ ergò quale † est primò, dotem & donationem propter nuptias sese mutuo quasi respicere, atque ut vulgò ajunt, dotem mereri donationem propter nuptias. *ex Auth. dos data. C. de donation. ante nupt.* Est enim donatio propter nuptias (quam etiam *sponsalitiam largitatem* sæpè vocat Imperator) nihil aliud, quàm recompensatio quædam & quasi pignus dotis, ut mulieri de ea tantò magis cautum sit, ut pulchrè docet Henningus Goeden *in aliquot consiliis de dote.* Etsi enim, ut sæpè jam dixi, ex jure nostro matrimonium non ita necessariò requirit vel dotem, vel donationem propter nuptias, ut non possit absque his consistere: tamen ut plurimùm ista quoque accedunt: videlicet, ut his tanquam pedissequis comitata domina, tantò ornatior procedat. Adde, quòd onera matrimonii, quæ & multa & gravia sunt, eò facilius supportentur. Itaque sicut à parte mulieris intervenit dos: ita ex altera parte viri huic respondet donatio propter nuptialis: quasi contraria 3

quædam

quædam dos unde etiam nomen habet, ut ἀντιφέρνη dicatur. *l. 20. cùm multæ. C. de donat. ante nupt.* Germanis Gegenſteuer oder Gegenvermachen / item Widerlegſicut paraphernalia appellantur bona præter dotalia *l. 8. hac lege. & l. 11. ſi mulier. C. de pact. conv. tam ſuper dote quàm, &c.* videlicet bona quæ mulier habet ſibi reſervata præter dotem, vel extra dotem, ſive recepta unde etiam appellantur receptitia & Germanis noſtris Nebengüter. Videantur Dd. *ad l. ult. C. de pact. convent. & adl. 21. maritus. C. de procurat. ibique nov. ſpecialiſſimè Giphanius in commentario Codicis.* Nec intereſt an ipſa mulier dotem, & ipſe vir donationem propter nuptias, per ſe & de ſuis bonis, an alius pro ipſis conſtituerint: ad hoc, inquam, ut ſit donatio propter nuptias vel dos, nihil intereſt, à quo fuerit conſtituta, vel hæc vel illa: tametſi quoad repetitionem ſoluto matrimonio non parum interſit. Aliud enim jus eſt dotis profectitiæ, ſive quam dedit pater (cuius ad officiũ ſpectat dotare filiam & quidem tunc quoq; quando filia ipſa habet bona propria unde ſe dotare poſſit: ut probat Mynſing *Cent. 5 obſ. 32.*) & aliud jus eſt aliarum dotium, in quo etiam magna vis eſt pactorum dotalium: qua de re alibi latiùs.

4 Deinde † præmittendum eſt, cum loquimur de æqualitate dotis, & donationis propter nuptias, ac dicimus utraque oportere eſſe æqualia: duobus modis æqualitas illa accipi poteſt, tum quoad pacta, quæ ſcilicet de lucrando in caſum mortis adiiciuntur; (vulgò Dd. quotativè & quantitativè) tùm quoad quantitatem & ſummam ipſam *Nov. 22. & Nov. 97. in pr. & alibique Cujac.*

5 Tertiò † præmittendum per *Nov. 22.* potuiſſe quantitatem dotis & donationis propter nuptias conſtitui inæqualem, dummodo pacta illis appoſita (de lucrando ſcilicet) eſſent æqualia. verbi gratia ſi maritus in caſum mortis uxoris pactus eſſet quartam partem dotis: mulier in eundem caſum ſibi plus ex donatione propter nuptias, quàm quartam partem paciſci non poterat: & ſi quid ultra paciſceretur, pactio reſtringebatur atque ad æqualitatem, id eſt, ad quartam redigenda erat. *l. 9. ex morte. & l. ſeqq. C. de pact. conv. l. ult. §. ſi igitur. & § ſin autem. C. de don. ant nupt.* His præmiſſis, quod jam attinet † *ad primum caput* 6 *Nov. 97.* in eo conſtituit Juſtinianus ut de cætero, non tantum quoad pacta ſervetur utrinque æqualitas (quod anteà ſatis erat proſpectum per *Nov. 22.*) ſed etiam quoad quantitatem dotis & donationis propter nuptias. verbi gratia, poſito, quod dos ſit octingentorum aureorum donatio quoque propter nuptias, non poterit eſſe minor quam octingenti aurei. Ratio eſt quia ſi aliter conſtitueretur, ſumma captio ſive læſio inde conſecutura eſſet. Huic conſequens eſt, ſi forte dos conſtante matrimonio augeatur (id quod fieri benè poteſt. §. *eſt & aliud, verſ. ſed nos plenissimo, Inſt. de donation. & l. ult. C. de donat. ante nupt.*) ut donatio quoque propter nuptialis pari quantitate augeri debeat: & contrà, ſi donatio propter nuptias fuerit aucta, tùm etiam dos pari modo augenda ſit. Et de augmento dotis idem jus eſt, quod de dote ipſa. *l. inter ſocerum. §. cum inter. ff. de pact. dotal. l. etiam C. de jure dot. Jacob. Menoch. conſil 154. n. 5.* Eodem modo & olim, cum aucta à muliere dote, augebatur donatio propter nuptias à marito, non poterat minori quantitate augeri quàm dos. Sed nec donatio propter nuptias

aliter:

aliter poterat augeri à viro quàm si & dos à parte mulieris augeretur, *l.19.si constante.C.de donat.ante & propter nupt.* Idque ideò, quia alioqui vir uxori donare videretur, quod moribus est interdictum *l.1.2.& t t.ff.de donat.inter vir.& uxor.* Dote tamen aucta non erat necesse etiam è contrario augeri donationem propter nuptias. *Nov.22.* Sed ut dixi, per *Nov.hanc posteriorem nonagesimam septimam*, eatenus derogatur *Novellæ priori vigesimæ secundæ*: quod omnimodò congruere debeant utrinque summæ tàm dotis quàm donationis propter nuptias, tàm ab initio constitutæ, quàm posterius auctæ.

Si † quis tamen quærat de moribus nostris, quid circa hanc rem observetur? respondebimus, consuetudine aliud receptum esse. Et quidem mores sunt varii (pro diversitate regionum) alicubi enim major est donatio propter nuptias, quam dos, eamque duplo excedit, quod de Saxonicis quidem terris, testantur Schurffius *in consiliis*, & Schneidewein *ad Inst.in tit. de donat. & in tit. & Action.§ fuerat*: & Joach à Beust *in tract.de dotibus c.7. solet*, inquit *in his terris hæc donatio respectu dotis esse duplicata*. Idem constat de his ditionibus (Norico, Suevia, Bavaria, Palatinatu) verbi gratia: si dos mulieris sit 500. aureorum maritus nomine donationis propter nuptias constituere solet mille aureos, & sic deinceps. Alicubi contra major est dos quàm donatio propter nuptias: quod etiam suo tempore prævaluisse scribit Imp Leo, & proinde in Repub. obtinere jubet, *Nov.20.* Tubingense quoque collegium in causa cujusdam principis, respondit ante annos quinquaginta, universali consuetudine imperii receptum esse à dispositione *Auth.æqualitas.C.de pact.conv.* allegans ad hoc Baldum & Raphaëlem Cumanum *consil. 25.* vide illud responsum Tubingense *in appendice primi voluminis consiliorum Modestini Pistoris, n.89.* Idemque testantur & Mynsing. *ad §.fuerat n.20. Inst. de action.* & Schneidewein *ad § est & aliud in fin. nu.4. Inst.de donation.* & Beustius *d.cap.7. de dotib.* & ante ipsos Jason *in additionib. ad Christophorum Porcium n.5. Inst.de donat.* Sunt tamen, qui velint *dictam Novellam de æqualitate dotis & donationis propter nuptias*, non esse sublatam, ut Bart. *in d. Auth.æqualitas.C.de pact.conv.* In qua sententia est Simon Pistoris & Melchior Kling. *in d.appendice.1.vol.consi. Modest. i.consi.20.n.89* & ipse Modestinus *vol.2. consi.13.n.18.& seq.* Quæ tamen contradictio facilè meo judicio conciliatur, per ea quæ adfert Schurffius *consi 91.cent.2.* ubi disputat, an consuetudine induci possit inæqualitas dotis & donationis propter nuptias. Videri quoque potest Panormit. aliique Canonistæ *ad cap.fin.extr.de donat.inter virum & uxor.*

Notandum est † autem præterea, ad hanc primam partem *Novellæ 97.* soluto matrimonio dotem quidem redire ad mulierem vel ad patrem ejus, &c. donationem verò propter nuptias ad virum: sub hac tamen duplici exceptione: nisi aliud obtineat consuetudine aut lege municipali, quod vulgò statutum appellamus: & nisi pactum utrinque æquale intervenerit, de lucranda dote vel donatione propter nuptias. *vid.gl.pen.in Auth. ut ex actione instante dotis prime, &c. quæ est Nov.91 itemq; ad hanc Nov.nostram 97.* Videatur quoque Gregorius IX. *in cap.fin. §.fane extr. de donat, inter virum & uxorem*, & Bart. *ad hanc Nov.de æqualitate dotis n.3.*

9 Deinde † notanda est diversitas inter donationem propter nuptias & do-
10 tem, tùm quoad fructus, tùm quo ad privilegium prælationis. Quod † ad primam differentiam attinet: dotis quidem fructus, maritus facit suos constante matrimonio: sed ex donatione propter nuptias percepti fructus non pertinent ad uxorem, Bart. *h.n.5.* & Schneidvv. *ad d. §. Est & aliud.* Ratio differentiæ est, quia maritus onera matrimonii sustinet: uxor non item. Quare marito, non etiam uxori necessaria est, illorum onerum compensatio sive relevatio, quæ fit
11 perceptione fructuum. *l. 7. ff. de jur. dot. l. 20. pro oneribus. C. eod. tit.* Quæres, † quæ ergo erit utilitas donationis propter nuptias, si ea non sic datur uxori, ut eâ fruatur? Respondet Accursius *ad Nov. 2. in verb. percipiat propè fin.* & probat Bart. *ad h. Nov. 97. n. 5.* ad hoc prodesse, ut deficientibus aliis mariti bonis mulier res donatas propter nuptias possit vindicare contra omnes possessores. *Novell. 61. c. 1. & Auth. permissa.* inde desumpta, *C. de don. inter vir. & uxor.* junctâ *Auth. sive à me. C. ad Senatusconsul. Vell.* Ex quo intelligimus, sicut maritus sit Dominus dotis, *l. 30. in rebus. C. de jur. dot.* unde & rei vindicationem habet. *l. 9. doce ancillam. C. de rei vind* Sic etiam uxorem fieri dominam donationis propter nuptias. Nam alioquin non posset habere rei vindicationem: cùm hæc actio non detur nisi domino rei, & præsupponat dominium in persona actoris. *l. 23. in rem actio. in pr. ff. de rei vind. & §. omnium. (ubi hoc notatur) Inst. de action* Prodest etiam ad hoc, ut maritus non possit eas res, si immobiles sint, alienare vel obligare, ne quidem consentiente uxore: *d. Auth. sive à me. C. ad Senatusconsul. Vell. & Nov. 61.* Potest enim uxor revocare alienata vel rescindere obligationem à marito factam: non obstante suo consensu; nisi post biennium secundò iteraverit suum assensum, & matitus alia habeat bona, unde uxor possit indemnis servari: quæ exceptiones sunt à jure civili, ex *d.* scilicet *Nov. 61.* His aliam quoque exceptionem addidit jus Canonicum nisi mulier consensum suum jurejurando firmaverit. Nam tunc alienationi vel obligationi, in quam consensit, contravenire non potest: ut scilicet animarum periculo obvietur sive occurratur: *cap. 2. licet, de jurejurando in 6.* Sunt & aliæ utilitates donationis propter nuptias: quę videri possunt apud Schneidevv. *d. §. Est & aliud fin. Inst. de donat. n. 5.*

12 Dixi, † esse etiam alteram diversitatem dotis & donationis propter nuptias, quo ad privilegium prælationis. Ea differentia talis est: si mulier repetat dotem, cujus ratione habet tacitam hypothecam in bonis mariti, & concurrat cum aliis creditoribus mariti sui, similem habentibus hypothecam, licet antiquiorem his omnibus præfertur. *l. 30. in rebus. C. de jur. dotium. & l. assiduus ult. C. qui pot. in pign.* Mynsing. *cent. 4 observ. 13.* Item Gail. *lib. 2. observ.* sed si donationem petat propter nuptias, quamvis pro ea quoque habeat jus tacitæ hypothecæ, tamen jus prælationis sive privilegium exigendi, quod προτιμησιν ex Plinio vocant, non habet: quemadmodum neque in repetitione paraphernorum illud privilegium habet. Vid. Mynsing. *cent. 5. obser. 4. & ad §. fuerat.* ubi & Schneidvv. *Inst. de action.*

13 Ad hæc † notandum eam partem ex conjugibus quæ nihil intulerit, nihil etiam capere, vel lucrari, vel auferre: quæ verò minus intulerit quàm promiserat, tan-

Digitized by Google

rat, tantum recipere, quantum intulerat, *Nov. 2. c. ult. & Auth. sed qua nihil. C de pact. conv.*

Postremò † notandum pactum de lucranda dote factum, extendi etiam ad donationem propter nuptias, etiamsi de hac lucranda nihil dictum esset. (est igitur exemplum pacti taciti) ut docet Azo *in summa. C. t. de donat. ant. nupt.* per *Auth. promissa. §. sui autem.* & probat Beustius *in tract. de dotib. c. 7. circa medium.* 14

Illud etiam quæri videtur: † Quanam actione uxor maritum compellere possit, ut constitutâ dote, constituat ipsi vicissim donationem propter nuptias? Respondet Accursius & probat Johan. Faber *ad Auth. dos data. C. de donat. ante nupt.* dari condictionem ex lege, videlicet *ex Nov. 91.* Martinus tamen dicebat ipso jure constitutam intelligi donationem propter nuptias, quam primum dos fuerit constituta, *per hanc Nov. nostram*: Sed uxorem agere posse ad traditionem ejus sibi faciendam, vide præter Johan. Fabrum *d. loco*, etiam Bart. *hic n. 4.* 15

CAP. III.

De Augmento dotis in fraudem creditorum mariti non faciendo. Ad partem secundam d. Novellæ 97.

SUMMARIA.

1 *In fraudem creditorum dotem augens, nihil agit.*

2 *Notabilis distinctio Justiniani, ad amoliendam hanc fraudem.*

DIctum est *præcedenti cap.* augmentum dotis, eodem jure censeri quod habet dos ipsa. Sed hoc † eam recipit limitationem, modò ne quid hîc factum sit in fraudem creditorum mariti: ne qua fiat collusio inter conjuges, in præjudicium necemque creditorum, quò minùs illi suum consequi possint, si omnia bona mariti, vel magnam illorum partem auferat uxor, sub hoc prætextu & colore, quòd sint dotalia: etiamsi enim ab initio tantam summam marito in dotem non dederit: tamen se postea constante matrimonio eam auxisse illo additamento. Ponamus exemplum uxor dedit doti 800. aureos: maritus posteà conflat æs alienum, & aliquot habet creditores, quibus debet ad duo millia: cum his creditoribus concurrit mulier in repetitione dotis, & ipsis præfertur, & dotem à se illatam ante omnes aufert: de quo privilegio prælationis & jam suprà nonnihil attigi, & plura dicam *cap. seq.* Possent tamen etiam cæteri creditores, si non totum suum creditum, saltem bonam partem recipere; nisi uxor diceret, se dotis augmentum fecisse, & illud augmentum debere pari jure censori cum ipsa dote: quod ita se habere etiam maritus confitetur, non alio fine, quàm ut eludat creditores: cum inanis sit actio, quam excludit inopia debitoris *l. 6. ff. de dolo malo.* Tale igitur commentum uxoris, vel etiam talis confessio viri de augmento dotis, nihil præjudicat creditoribus, quò minùs suum consequantur. Nam hîc quoque plus valet, quod agi- 11

tur, quàm quod similatè concipitur, ut habet *tit. Cod. plus valere, &c.* & facit huc *tit. ff. quæ in fraud. cred. facta sunt, ut restituantur.*

2 Notanda † est autem distinctio Justiniani circa hanc rem ad omnes hujusmodi fraudes amoliendas de qua etiam videatur *Auth. sed jam. C. de donat. ant. vel propter nupt.* Si eo tempore, quo dos augetur, maritus non erat gravatus ære alieno, licitè & sine suspicione fraudis potest fieri augmentum dotis. in eoque habet mulier privilegium prælationis, æquè ac in dote primitùs vel ab initio constitutâ. Sin autem eo tempore, quo dos aucta dicitur, maritus jam tùm erat gravatus ære alieno hîc sub distinguitur: aut enim augmentum dotis consistit in prædiis seu rebus immobilibus; & hoc casu idem jus est, quod erat in casu principali primo: nempe ut valeat augmentum, & in eo quoque mulier aliis creditoribus mariti præferatur. Aut consistit illud augmentum in rebus mobilibus: & tunc non habet mulier privilegium prælationis Differentiæ ratio est, quia in rebus immobilibus sive prædiis augmentum est evidens: in mobilibus augmentum est latens atque occultum. Ideoque in priori genere non sunt metuendæ fraudes & collusiones; ut in posteriori, ubi multa possent per fraudem affingi & adumbrari. *arg. l. ult. vers. palàm. ff. de rit. nupt.* Huc pertinet quod bona immobilia eleganter vocent Græci Φανερὰν οὐσίαν, quasi dicant *manifestam substantiam*: contra verò mobilia vocant ἀφανῆ, id est, *occulta* sive *latentia*: ut Cujac. quoque notat *ad Nov. 97. p. 319.* In dubio autem, augmentum dotis in mobilibus, præsumitur factum in fraudem creditorum: ut monet Bart. *hîc n. 10.* sed si creditores confiteantur factum reverà augmentum dotis in rebus mobilibus: non est dubium, quin mulier hoc casu etiam quoad augmentum ipsis præferatur. *Gloss. approbata etiam Bartolo, hîc n. 12 & seq.*

Quæret quispiam, quid fiet autem de augmẽto donationis propter nuptias. Resp. de hoc tacuit Imp. & meritò, quia in donatione propter nuptias non habet privilegium mulier prælationis, sicut paulò antè *cap. præced.* ex Mynsing. quoque dixi: ut proinde nihil necesse fuerit quærere hîc de eius augmento. Cujac. *h. p. 320.* per *Nov. 61. & Nov. 109. c. 1. vers. in donationib. autem propter nuptias.*

CAP. III.

De privilegio prælationis mulieri in dote repetenda competente. Ad Novell. 97. c. 3. & 4.

SUMMARIA.

1 *Mulier in dotis repetitione cum creditore qui in rei conservationem aut refectionem crediderat concurrens; iure hypotheca potior est, si & tempore prior sit.*

2 *Non æquè in exactione donationis propter nuptias.*

3 *Mulieri etiam antiquiorem causam habenti, præfertur is qui in militiam comparandâ credidit.*

4 *Mulier in repetitione dotis etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus creditoribus præfertur.*

5 *Privilegium prælationis mulieri in dote numeratâ, non etiam in promissâ tantum, competit.*

6 *Nec sufficit confessio mariti se dotem accepisse dicentis.*

7 *Privilegium dotis non transit ad heredes.*

8 *Privilegium tacitæ hypothecæ pro dotis restitutione, etiam extraneo competit.*

9 *De variis dotium privilegiis, remissivè.*

Privi-

Digitized by Google

PRivilegia doti à jure concessa, & multa & magna sunt, quæ meruit ipsarum favor atque utilitas, quæ per consequentiam etiã ad Rempubl. redundat *l. 2 ff. de jur. dot. & l. 1. ff. solut. matrimon. ubi communiter Dd. de illis privilegiis latè explicare consueverunt*: Inter cætera verò privilegia, non minimum est illud de quo nunc agendum est occasione sumptâ *ex d. Nov. 97. c. 3. & Authen. quo jure*, quæ subjicitur *l. assiduis. C. qui pot. in pign. hab.* Summa † hæc est: Mulier pro conservatione dotis ad maritum illatæ, nõ tan- 1
tùm habet jus tacitæ hypothecæ in omnib. mariti bonis *l. unic. § 1. C. de rei uxor. act.* verùm etiam, si concurrat cum aliis mariti sui creditorib. præfertur omnibus, quantumvis illi sunt antiquiores. *l. 30. in rebus. C. de jur. dot. & d. l. assiduis: & ibi communiter Dd.* Quærebatur ergò, quid si mulier dotem suam repetens, concurreret cum aliquo creditore, qui vel in comparationem vel in refectionem rei mobilis aut immobilis pecuniam dedit mutuam? nam hunc quoque habere jus hypothecæ, & prælationis certum est: quo jure potior est omnibus creditoribus, etiam antiquioribus *l. 5. interdum ff. qui pot. in pign. hab. l. 7. licet. C. eod. t.* Quærebatur, inquam, uter alteri hoc casu præferendus esset: mulier ne creditori, qui pecuniam mutuam dedit ad rem emendam vel reficiendam, puta domum, stabulum, &c. an verò creditor mulieri? Hanc controversiam decidit Imp. *Nov. 97* sanciens, ut alter altero non nisi temporis ratione potior sit: nam si mulier prior fuerit tempore, id est dotem dederit marito antè quàm alius creditor eidem marito pecuniam mutuam daret ad emptionem, vel refectionem domus, &c. ipsa mulier tali creditori præferetur. Contrà si creditor mutuum ea lege dederit, antè quàm mulier dotem daret viro, tunc talis creditor mulieri præferetur.

Atque † hæc ita se habent, quando mulier agit de repetenda dote. Si verò 2
agat de donatione propter nuptias, tunc talis creditor præfertur mulieri, etiam antiquiorem causam habenti. Diversitatis ratio indicata ab ipso Imp. *in l. ult. § hæc autem tantum. C. qui pot. in pign.* & exposita etiam à Cuiac. *ad N. 97 pag. 320.* hæc est: quia in exactione seu repetitione dotium mulier certat & sollicita est de damno vitando, videlicet ne defraudetur rebus suis, & proprio patrimonio, (est enim dos proprium patrimonium mulierum. *l. 3. §. ergo. ff. de minor. & alibi.* & plerunque tota eorum substantia in dotibus constituta est: *ut ait l. ult. in pr. vers. & hoc. C. qui pot. in pign. hab.*) ideoque meretur favorem & commiserationem, quæ causa est privilegii prælationis, ut etiamsi alii quoq; creditores suum repetentes de damno vitando, & de amissione rei suæ, vel sibi debitæ, solliciti sint; tamen mulier illis potior habeatur. At in exactione donationis propter nuptias, mulier non de damno vitando, sed de lucro captando laborat: ideoque hîc non meretur tantum favorem, & jus prælationis: tametsi interim non minus habeat Jus tacitæ hypothecæ, etiam ratione donationis propter nuptias, quàm ratione dotis: ut communiter hoc notatur à Dd. *ad l. 29. ubi adhuc. C. de jure dot. & in d. l. assiduis.* Item, à Jasone & aliis *ad § fuerat. Inst. de action.* & à Canonistis *ad cap. ex literis.* ubi & Panormit *n. 2. extr. de pignor.*

Sed † à superiori regula, qua diximus in concursu creditoris qui mutuum 3

dedit ad emptionem, vel refectionem rei, & mulieris dotem repetentis, ſpectandum eſſe, utrius creditum ſit antiquius, & priorem tempore etiam jure potiorem eſſe: exceptio eſt notanda in eo, qui pecuniam credidit, unde militia compararetur: hîc enim creditor præfertur mulieri, quamvis antiquiorem cauſam habenti, dummodò obſervatæ fuerint iſtæ conditiones: 1. Si interveniente ſcriptura quæ & teſtium habeat ſubſcriptionē, caſum militiæ creditor pignori acceperit. 2. Si nominatim vel expreſsè pepigerit, ſe in eo potiorem eſſe debere. *cap 4. in Nov. 97 & Auth. quo jure. C. qui pot. in pign* Quid autem fuerint caſus militiæ, aliàs dictum eſt: & explicat Cuiac. *ad Nov. 35 & N. 53.* Hodiè iſtiuſmodi militiis non ampliùs utimur.

4 Ad hoc caput † pertinet nobilis quæſtio, quæ ab antiquo fuit controverſa, inter gloſſatores Martinum & Bulgarum (horum Interpretum ſcripta nulla extant, præter opiniones in gloſſis, & Bulgar. *ad tit. de R. I.* Videatur Dn. Scip. Gentil. *ad l. ult. C. qui pot. in pign.*) an mulier in dote omnibus creditoribus mariti etiam antiquiorem expreſſam, ſive pactam hypothecam habentibus præferatur: an verò creditores tales præferantur mulieri? De hac controverſia videri poteſt Gloſſa magna *in d. l. aßiduis, ſuper verbis: licet anterioris ſint. C. qui pot. in pign.* & Schneidew. in poſt gl. *ad § fuerat. n. 57. & ſeq. Inſt. de Action.* Mynſing. *ad eundem §. n. 11. & duob. ſeqq. & cent. 4. obſ. 13.* vbi teſtatur poſt multam diſputationem in Camera obtinuiſſe, ut mulier creditori etiam expreſſam anteriorem hypothecam habenti præferatur: & pro hac ſententia judicari ſolere. Urget autem univerſalia verba (*omnes omnibus, nullo, &c.*) dictarum legum: & quod lex generaliter loquens, etiã generaliter ſit accipienda. Eandem ſententiã Treutlerus quoq; noſter amplexus eſt *lib. 2. ſelect. Diſp. 24. litera B.* ubi & diſſentientes refert, inter quos etiam eſt Donellus & Hotoman.

5 Obſervetur & hoc, † mulierem non aliter habere privilegium prælationis, quàm ſi dotem reverà ſive, ut loquuntur, realiter, intulerit. Non enim ſufficit cautam ſi ve promiſſam fuiſſe dotem, ſed etiam numerationem ſubſecutam eſſe oportet. *l. 1. C. de dot. caut. non numer. & l. 9. ſi quis poſthac. C. de bon. proſcriptor. dos.* inquiunt Impp. *non quæ aliquoties inaniter dotalium inſtrumentorũ tenore conſcribitur, ſed quam ſe corporaliter tradidiſſi* (mulier) *docuerit, repræſentetur*, id eſt, reddatur vel ſolvatur ei.

6 Non † ſufficit quoque confeſſio mariti, dicentis ſe dotem accepiſſe, quam vulgò Dd. dotem confeſſatam vocant, Schneidew. *ad d. § fuerat n. 63. & ſeqq.* & Mynſ. *cent. 1. obſ. 61.* ubi ex Cicerone docet, latinius dici poſſe *dotem confeſſam.* Videatur & Andr. Gail. *lib. 2. obſ. 81.* confeſſio, inquam, mariti dicentis, ſibi numeratam & illatam eſſe dotem, quæ tamen non eſt illata, neq; numerata, ipſi quidem & hæredibus eius præjudicabit, ſed creditoribus eius non item: quibus ne jusjurandum quidem mariti ullo modo præjudicat, etiam ſi decies juraverit, ſe dotem accepiſſe. Schneidew. *d. § fuerat n. 66. verſ. ſic etiam jusjurandum, &c.*

7 Quæritur etiam † de privilegio dotis, ſitnè tranſitorium ad hæredes? Et negant Impp. *in l. unic. C. de privil. dot.* Sed ab hac quæſtione, diverſa, ſive diſtinguẽ-
8 da eſt † altera: an privilegiũ tacitæ hypothecæ pro dotis reſtitutione, compe-

tat:

tat etiam extraneo: v.g. qui dotem pro muliere dedit, eamq; ſoluto matrimonio ſibi reſtitui ſtipulatus eſt? Ad quam quæſtionem affirmativè reſpondendum eſſe, docet Mynſing. *ad §. fuerat. n. 9. Inſtit. de Action.* cum Bart. & Jaſone contra Bald. & Angl. Eſt enim hoc privilegium non mulieri datum, ſed ipſi actioni ex ſtipulatu ineſt: id eſt, non eſt perſonale, ut perſonæ tantum mulieris inhæreat, ſed eſt reale.

Poſtremò † de variis dotium privilegiis vide Interpp. & ex recentioribus 9
maximè Schneidew. & Mynſ. *ad § fuerat, de Action.* Item *cent. 3. obſ. 3.* & Cuiac. *in Parat. C. ad l. de privil. dot.*

CAPUT IV.

De Dote filiæ iterùm nubentis per patrem non minuenda. Ad cap. 5. Nov. 97. & Auth. ſed quamvis dos. C. de rei uxor. actione.

SUMMARIA.

1 *Filia iterùm nubenti pater minorem quàm anteà dotem dare nequit: niſi facultates eius imminutæ flagitant.*
2 *Ratio, non minuenda dotis.*
3 *Ratio exceptionis: ſi facultatibus lapſus ſit pater, iniquitate fortunæ.*
4 *Quid ſi filia lucrum aliquod perceperit ex primo matrimonio?*
5 *Quid ſi pater iſte mortuus ſit, pluribus relictis heredibus, nihil tamē de eo quod ad ipſum rediit diſpoſuerit?*
6 *Quid ſi filia iterùm nubat contra voluntatem patris?*
7 *Quid ſi filia non iterùm nubat, ſed monaſterium ingrediatur?*
8 *Cui incumbat probatio, diminutionem facultatum patris per fortuitum aliquem caſum factam eſſe?*
9 *Mulier quæ primo marito dotem certam attulit, tranſiens ad ſecundas nuptias, in dubio cum eadem dote nubere præſumitur.*
10 *Dos profectitia, liberis extantibus, ad patrem non revertitur, ſed apud maritum remanet.*
11 *Dos adventitia, muliere mortuâ, apud maritum ſemper ipſo iure remanet.*
12 *Dos profectitia, præmortuo patre qui eam dedit, apud maritum remanet.*

SEquitur alia quæſtio, circa materiam dotium, deciſa ab Imp. *in cap. 5. d. N. 97.* Summa eſt: † ſi dos à patre data pro filiâ, ad patrem reverſa 1
ſit, ſoluto matrimonio, & filia ad ſecundas nuptias tranſeat: non licet patri dotem filiæ iterum nubenti dare, pro modo facultatum patris, quæ illo tempore erunt. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, ſoluto per mortē generi matrimonio, patrem qui pro filia dotem dederat (ſicut hoc incumbit patri dotare filiam, adeò ut etiā officio judicis ad id cogi poſſit: ut docet Schneidevv. *ad § fuerat n. 81. Inſt. de Act.*) habere jure civili actionem ex ſtipulatu ad repetendam dotem: ſub hoc tamen diſcrimine, ut ſiquidem filia ſit in poteſtate, competat patri tacita ex ſtipulatu actio, quā de voluntate & conſenſu filiæ movere vel inſtituere debet, quia res eſt communis (inter patrem & filiam.) *l. unic. §. extraneum. C. de rei uxor. act. l. qui hominem. 34. §. ſi gener. 6. ff. de ſolution. l. 2 & 3. ff. ſol. matrim.* Sin autem emancipata eſt filia, ipſa agit ſola ſine patre, niſi hic expreſſa ſtipulatione actionem de dote ſibi comparârit. *l. ſi cum dotem. 22. §. eo autem. & l. Titia. 34. ff. ſol. matrim.* de qua diſtinctione videatur & Cuiac. *hîc pag. 321.* & Bart. *ad §. Illud quoq;. in N. de æqualitate dotis. 97.* Excipitur dos magna, hanc enim

enim filia invito etiam patre exigere potest. *d. Nov 97 c.6. & Auth. quod si non. C. de collationibus.* quæ de re plura dicentur *infrà cap. seq.* Quacunque igitur actione pater recuperaverit dotem, quam pro filia dederat, si filia denuò nubat, non potest pater eam dare minorem, quam priùs dederat: sed debet eandem quantitatem ipsi relinquere: Nec interest, quoad hanc rem, sitnè filia in potestate
2 eius constituta, an verò emancipata. Ratio: † cur pater priorem quantitatem dotis diminuere nequeat, est: quia dos est proprium mulieris patrimonium, etiamsi in potestate sit patria. *l. 3 §. ergo. ff. de minor l. 4 ff. de collation. l. pater filiam. 14. in pr. ff. ad L. Falcid. l. unic. §. 14. & hoc. C. de rei uxor. act.* Deinde quia dos à patre data filiæ, semel alienata est ab patris eius substantia, sive ab omnibus eius bonis, ut *ex initio capitis §. in d. Novel. nostra.* post gl. notat Bart. *ibid. n. 1.* videatur & *l. ultim. ff. de dotis collat.* ubi Triphoninus ait: *dotem etiam promissam duntaxat* (multò magis igitur intelligere debemus, hoc verum esse de dote non tantùm promissa, sed etiam data) *abscessisse à bonis patris, & eius alieni loco esse.* Quod ferè eodem recidit cum priore ratione: (qua dictum est patrimonium esse mulieris dotem.) Jam id quod nostrum est non potest nobis invitis detrahi, vel imminui. *l. id quod nostrum ff. de Reg. Iur.* & facit huc *l. 23. si prædium. C. de jur. dot.*
3 Exceptionis † autem ratio, cur facultatibus patris fortuito aliquo casu deminutis, liceat ei minorem dare dotem, quàm priore matrimonio fuerat, illa est: quia aliàs quoque receptum est, ut dos constituatur pro modo facultatum. *l. 60. quæro. l. 69. cum post divortium. §. gener. ff. de jur. dot. l. 43. si filiæ pater. ff. de leg. 3.* Deinde talis pater qui lapsus est facultatibus iniquitate fortunæ (qui non vitio sua bona decoxit) etiamsi vellet, non posset tamen dare dotem majorem, quàm primis nuptiis dederat, dum adhuc res ipsius meliore loco erant (ad impossibile autem nemo obligatur.) Accedit quod afflicto, non sit addenda afflictio, *arg. l. d. Marcus. 14. ff. de offic. præsid. & ibi gl.* Et quod liberi non debeant cum parentibus suis nimis acerbè agere, neque ad peram & sacculum eos excutere, ut pro-
4 verbio dicitur. Quid † si filia lucrum aliquod perceperit ex primo matrimonio, puta ex donatione propter nuptias, quia videlicet pactis dotalibus ita convenerat, ut morte mariti uxor superstes donationem propter nuptias vel partem eius lucraretur? (quod pactum est quotidianum.) Respondeo: hoc lucrum non pertinet ad patrem, sed ad filiam: non erit dotis, sed paraphernorum loco: ita tamen, ut pater in eo lucro habeat usumfructum *d. c. §. in f. d. Nov. 97.* ubi vetus interpres pro *usufructu* vertit *usum*: ut fecit etiam alibi.
5 Quid autem † juris sit, si pater, ad quem dos pro filia, vel donatio propter nuptias pro filio data, rediit (soluto scilicet matrimonio) mortuus sit pluribus relictis filiis, & vel filiis vel extraneis institutis hæredibus: nihil tamen disposuerit de illo, quod ad eum rediit? de eo quidem nihil in hac Novella constituit Imper. sed videnda est ipsius *l. ult. C. communia utriusque judicii.*
6 Quid si † filia iterum nubat contra voluntatem patris, an tunc pater potestatem habet dotis diminuendæ? Et putat gl. probata etiam Joh. Fabro, & aliis, *ad Auth. sed quamvis. C. de rei uxor. act.* patri permissam esse hoc casu dotis diminutionem.

Inge-

Digitized by Google

In genere verò an pater teneatur dotem dare filiæ ſine ipſius conſenſu nubenti, vide apud Joh. Schneidewinum, *ad §. fuerat. n. 84. Inſt. de Action.*

Quærit idem Johan Faber, † quid juris ſit, ſi filia vidua facta, non iterum 7
nubat, ſed in monaſterium ingrediatur: an, inquam, tunc pater poſſit dotem ipſius diminuere? Et reſpondet ex ſententia Dd. (& rectè) hanc quoque dotem ſuam habere debere, quanta ſcilicet fuit, cum primò nuberet. *per Nov. 123. cap. ſed & hoc præſenti.* Solent enim Dd. argumentari à matrimonio carnali ſive propriè dicto, ad ſpirituale matrimonium, (ita vocant profeſſionem monachiſmi, ſive ingreſſum religionis) ut diſpoſitum in uno, obtineat etiam in altero, quatenus ſcilicet natura cuiuſq; patitur. Videatur Jaſon. & alii, *ad Authent. ingreſſi. C. de SS. Eccleſ.*

Denique quærit idem Faber, † cui incumbat probatio eius, quod facta ſit 8
diminutio facultatum patris, per fortuitum aliquem caſum? Et rectè reſpondet *ex gl.* patrem hoc probare debere: quæ etiam olim fuit ſententia Juliani *in Epitome Novellarum*, ubi diſertè hanc probationem injungit patri. Eſt enim hoc generale, quod affirmanti incumbat probatio. *l. 2. & l. 21. verum, cum ſimilib. ff. de probation. Cicero in partitionibus Oratoriis.*

Plures huiuſmodi quæſtiones videre licet apud Bart. *ad d. cap. 5. Novell. 97. de equalit. dot.* Quibus omiſſis ad aliud caput paulatim faciemus tranſitum: ubi priùs & hoc obiter monuero, quod non eſt alienum aut valde remotum à propoſito argumento, nempe † mulierem, quæ primo marito dotem certam attu- 9
lit, tranſeuntem ad ſecundas nuptias in dubio præſumi, iterùm cum eadem dote nubere ſecundo viro. *l. 30. dotem. & l. Divus. 40. ff. de jur. dotium. l. ſimulier. 19. & l. pen. §. uxor. ff. ſolut. matrim. Gail. lib. 2. obſ. 82. n. 7. & 8.* (ubi docet quòd etiam mulier poſſit omnia bona adferre in dotem.) Idq; etiam tunc obtinet, quando extant liberi ex priore matrimonio: ſed tamen cum modermine *legis, hac edict. ali. C. de ſecund. nupt.* nempe, ne plus ex illa dote lucretur ſecundus maritus, quàm aliquis ex liberis, cui minimum eſt datum vel relictum.

Colophonis loco attingamus etiam hanc quæſtionem quotidianam de do- 10
tibus: primùm, † cùm certum ſit dotem profectitiam, redire ad ſocerum mortuâ filiâ: quæritur quid juris ſit ſi liberi extent? hac de re olim controverſia fuit: ſed obtinuit, & uſu quoq; obſervatur ſententia Martini antiqui gloſſatoris hoc caſu dotem non redire ad patrem filiæ, qui dedit, ſed penes maritum remanere: & ita practicatur. Quam Martini opinionem latè defendit eruditiſſimus JCtus Antonius Teſſaurus, *deciſ. 190. per totam.* quæ eſt inſignis limitatio *ad l. 4. C. ſolut. matr.* Deinde quæritur † de dote adventitia: & hanc mortua in 11
matrimonio muliere conſtat ipſo jure remanere apud maritum, & remanere ſemper: ut ait Ulpianus *in fragm. tit. de dotib.* ſemper, id eſt, ſive extent liberi ex eo matrimonio ſuſcepti, ſive non extent. Et hoc quoq; probant multæ admodum leges, quas adducit Cuiac. *in Papiniano ad l. 15. ff. de fundo dotali: quæ eſt ex lib. 3. reſponſ. Papiniani:* & ait, eos, qui hoc neſciunt, imperitiæ argui. *in l. 20. ſi filia. in pr. ff. famil. erciſc.* Addit etiam, † idem procedere in dote profectitia præ- 12
mortuo patre, qui dotem dedit, ſuperſtite filia & genero. Nam ſi filia poſt patrē

moriatur in matrimonio, æquè dos illa remanet penes maritum, atque adventitia: quia desiit esse profectitia, morte patris, qui fuit auctor dotis: quod eodem loco Ulpiani confirmatur: & probatur per *l.1. cum patre. C. de jur. dot.*

CAPUT V.

De Collatione Dotis: nec non de Repetitione dotis constante matrimonio: Ad Cap. 6. Nov. 97. & ad Auth. quod locum habet C. de Collationibus.

SUMMARIA.

1. *Collationis definitio.*
2. *Collationis origo.*
3. *Dos constante matrimonio non repetitur, nec ultrò à marito reddi potest.*
4. *Nisi maritus ad inopiam vergat.*
5. *Unde appareat, maritum ad inopiam vergere?*
6. *Donatio quoque propter nuptias, ob causam inopiæ mariti, constante matrimonio, repeti potest.*
7. *Ratio huius exceptionis.*
8. *Quid iuris, si filia dotem non recuperaverit; eò quod maritus non esset solvendo? per distinctionem ex Nov. 97. cap. ult.*
9. *Ratio distinctionis.*
10. *Quenam dos dicenda sit magna sive ampla?*
11. *Quid si dos non marito data fuerit, sed socero, isque ad inopiam vergat?*
12. *Quid si mulier sciens nupserit homini obærato?*
13. *Quid si maritus, redditâ dote, ad pinguiorem fortunam pervenerit?*

QUò meliùs res intelligatur (de qua tractabimus) præmitto definitionem & collationis originem. 1 Collatio † igitur de qua extat tit. in ff. *De collatione*, vel ut alii libri pleniùs habent, *de collatione bonorum*; item alius tit. *de dotis collatione*: & tit. C. *de collationibus*: Collatio, inquam, hæc est commistio sive confusio bonorum propriorum cum paternis, quæ fit inter fratres ab intestato (jure novissimo etiam ex testamento) ut ea omnia inter se partiantur ex æquo. *Cuiac. in paratitl. C. de collat. omn.* Germani conferre vocant Einwerffen: Ulpianus & Gordianus Impp. dicunt *in medium conferre, in l. 1. in pr. ff de collat. bonor. l. 4. C. de collation.* 2 Originem † hæc res habet ex edicto prætoris, cuius manifestam æquitatem exponit Ulpianus *in d. l. 1. in pr.* quæ apud ipsum videatur.

Cæterùm cùm de collationibus multa dici possent: v. g. inter quas personas locum habeant, sive qui & quibus conferre teneantur: & quibus casibus: item quæ res in medium conferri debeant vel non: item quomodo fiat collatio: & quibus remediis juris ad eam quis adigatur, &c. de his omnibus non est nostri instituti latiùs hoc loco differere: de quibus videri possunt Cuiacius & Wesenbecius *in Paratitl.* & Treutlerus *libr. 2. Disput. 17.* Nobis sufficiat hoc loco satisfacere illi parti huius doctrinæ de collationibus, quæ affertur *in capit. ult. Novel. 97.* Ut autem ea tantò rectiùs intelligatur, quædam præmittenda 3 sunt: Dos † igitur regulariter quidem non repetitur constante matrimonio; sed eo demum soluto: idque ideò, quia dum consistit matrimonium, dos debet remanere penes maritum, qui sustinet onera matrimonii, quorum repensationem quandam (in Ergetzlichkeit) habet ex fructibus dotis. Imò ne quidem ultrò

ultrò potest reddere maritus uxori dotem : quia talis redditio instar donationis obtineret. *l. unic. C. si dos const. matrim. redd. sit* ; quod etiam *in Epitome Novellarum* habet Julianus. Veruntamen (quæ est notabilis exceptio) † marito vergente ad inopiam, potest uxor etiam constante matrimonio dotem suam repetere quamprimùm scilicet apparuerit, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficturas. *l. 24. si constante. in princ. ubi latè hoc argumentum tractat Iason. ff. solut. matrimon. l. 29. ubi adhuc C. de jur. dot. cap. per vestras, extr. de donat. inter virum & uxorem. & latè Andr. Gail. libr. 2. obs. 83.* Apparebit † autem hoc evidenter, ubi maritus malè cœperit uti suâ substantia. Bart. *hìc ad §. Illud quoque. Novel. de equalit. dot. num. 9. in fine. Gail. dict. obs. 83. num. 11.* Item, si bannitus sit de terra sua (ut loquitur Bart.) hoc est, relegatus propter maleficium aliquod : nec interest, sive bona eius fuerint publicata, sive non : quia ipsa peregrinatio est via ad egestatem. *Bart. d. loco, num. 8. & 2. seqq. & Gail. d. obs. 83.* plures enumerat casus, quibus maritus ad inopiam vergit. Nec † dos solùm repeti potest ob causam inopiæ mariti, sed etiam donatio propter nuptias, quæ soluto matrimonio cessura esset lucro uxoris, vel ex pacto, vel ex statuto. *Authent. donationem. C. de jur. dot. & Gail. d. obs 83. num. 2. vers. Ampliatur.* & notat Bart. *num. 1. ad d. §. Illud quoque.* dominium donationis propter nuptias transire ipso jure in mulierem : de quo tamen non immeritò dubitaverit quispiam, cùm videatur necessaria esse traditio : nam nec dotis dominium transit in maritum, nisi fuerit tradita. Ratio † autem cur ob talem causam & dos & donatio propter nuptias repeti possit, etiam constante matrimonio, hæc est : quia si non daretur tempestivè repetitio, & tàm diu expectaretur, donec maritus planè ad incitas redigeretur : inanis fieret mulieri sua actio pro dote, vel pro donatione propter nuptias ; quippe quam excluderet inopia mariti : *arg. l. 6. ff. de dolo malo.* atq; ita sequeretur ut mulier esset indotata, quod repugnaret utilitati Reipubl. *l. 1. ff. solut. matrim. & l. 2. ff. de jure dot. argumento illarum legum ex contrario sensu.*

Jam quæritur, † quid ergò, si filia dotem non recuperaverit quod maritus non esset solvendo? Respondet Ulpian. *in l. 1. §. quod si jam factum.* & Cajus *in l. 2. ff. de dot. collat.* hoc casu non integram dotem computari mulieri, sed id quod ad mulierem pervenire sive pertinere potuit, hoc est, quod facere maritus potest, id tantum eam conferre debere. Sed eas leges, ut & *l. 5. C. de collationibus.* Imperator *in cap. ultim. Novel. 97.* emendat, adhibita distinctione, quæ talis est : si mulier sui juris, & maior 25. annis fuerit, nec maturè dotem repetiverit, marito incipiente labi facultatibus, posteà immiscens se bonis paternis, & in his succedere volens unà cum cæteris liberis (fratribus & sororibus) cogitur eam dotem conferre fratribus & sororibus suis : vel tantò minùs auferet de bonis paternis, quantum conferre debebat. Inanem verò seu nudam actionem (pro dote scilicet) conferre volens, non erit audienda. Idem est etiam, si filiafamiliàs sive patriæ potestati subjecta fuerit, quando ampla seu magna fuit dos. Si verò muler fuerit in potestate patria, nec amplam habuerit dotem : liberabitur conferens actionem pro dote, quan-

tumlibet illa actio fortè fuerit inanis seu nuda ob inopiam mariti: nam hoc periculum actionis, non ad ipsam solam, sed ad fratres quoq; eius
9 & sorores pro virilibus portionibus ex æquo pertinebit. Ratio † diversitatis æquissima est: quia prioribus duobus casibus, est quod imputari possit mulieri, quæ cùm posset ac deberet tempestivè agere ad repetendam dotem, cessavit: atque ita suâ culpâ inanem fieri passa est actionem: quæ non fuisset exinanita, si in tempore quod omnium rerum est primum, venisset, sibiq́ue vigilasset. Postremo verò casu nihil imputari potest filiæ, quæ in potestate fuit, sed potiùs eius patri, cuius culpa & cessatio non debet filiæ nocere. Nam aliâs quoque tralatitium est, quod mora cuique sua debeat esse nociva (*cap. mora. de Reg. Iur. n 6.*) & quod factum suum, non alteri debeat nocere (sub facti autem appellatione comprehendimus etiam non factum, id est, omissionem.

10 Quæret aliquis, † Quænam autem est dicenda dos magna sive ampla? hac de re videatur Cuiacius *ad Novel. 97. p. 323.* ubi reprehendit definitionem Alciati *libro 4. parerg.* docetq́ue *ex Novel. 22.* magnam censeri dotem, quæ sit 100. librarum auri. In *l. 6. §. 1. ff. de usur.* nominatur dos decies centenorum sestertiûm (de supputatione vide Guil Budæum *de asse*, & Matthæum Hostum *de re nummariâ.*) sed placet sententia Accursii *hic in gl.* quod dos dicatur magna secundùm qualitatem personarum, *arg. l. 61. sive generalis, cum similibus legibus, quas suprà adduxi præcedenti capite, ff. de jur. dot.* Ita & Bart. *hîc n. 5.* & Joh. Faber *in Breviario Cod. ad Auth. quod locum. t. de collation.* Quò facit, quòd alibi scripsit Julianus *in Epitome Novel.* id quod uni est parvum, alteri satis magnum esse, & contra, quod uni est magnum, alteri est parvum.

11 Quærit Accursius † quid si dos, non marito data fuerit, sed socero, id est, patri mariti, & hic incipiat labi facultatibus, vel vergere ad inopiam? Et respondet, idem esse quod in marito, cum eadem sit æquitas utrobique. quæ sententia Bartolo quoque probatur *ad d. §. ult. Nov. de æqual. dot. n. 7.* & Dd. *ad l. 29. ubi C. de jur. dot.*

12 Sed, † quid si mulier sciens ac prudens nupserit viro inopi, obærato, luxurioso, & sumptuoso: an huic quoque mulieri repetitio dotis dabitur, marito ad inopiam vergente? De hac quæstione in utramque partem disputabili, vide Gail. *lib. 2. obs. 84.* post Jason. *ad l. si constante. 24 ff. solut. matrim.*

13 Quid, † si maritus, à quo dos semel est ablata, quia ad inopiam vergebat, denuò ad pinguiorem & meliorem fortunam pervenerit: erit ne ipsi dotem repetenti à muliere facienda restitutio? sunt qui negent, sunt etiam qui affirment: quorum fundamenta videri possunt apud Andream Gail. *obs. 85. libr. 2.* ubi tandem concludit plurimùm in hac re momenti situm esse in arbitrio judicis; qui scilicet æstimet, utrum talis sit persona mariti, cui tutò possit iterùm dos committi, nec ne.

CAPUT

Digitized by Google

CAP. VI.

De collatione bonorum : Ad Nov. 18. c. 6. & ad Auth. ex teſtamento, C. de collationibus.

SUMMARIA.

1 *Diſcrimen inter cauſam teſtati, & cauſam inteſtati, quoad collationem.*
2 *Sublatum à Iuſtiniano per Nov. 18. cap. 6.*
3 *Epitome huius novi iuris ſec. Iulianum.*
4 *Donatio ſimplex an conferenda?*
5 *An prælegata conferantur?*
6 *Collatio non habet locum inter coheredes extraneos.*
7 *Cætera de collationibus, remiſſivè.*

SAtisfecimus jam per aliquot capita illi celeberrimæ Novellæ 97. Cujus ultimum caput, quia fuit de collatione dotis, admonet nos cognatio vel ſimilitudo argumenti ut priusquam pergamus ad alia, quæ de dote & donatione propter nuptias in Novellis ſancita ſunt, adjungamus hîc etiam alterius Authenticæ brevem explicationem, quæ ſimiliter de collationibus agit.

Erat † autem olim diſcrimen inter cauſam teſtati, & inteſtati, quo ad col- 1
lationem. Nam ex teſtamento hæredes, fratres, vel ſorores, non conferebant, niſi hoc ipſum teſtator ſpecialiter juſſiſſet, ab inteſtato verò conferebant. *l. 1. l. 4. & 7. filiam. C. de collation. l. 3. ff. de dot. collat. l. ult. C. communia utriuque judicii.* Ratio differentiæ erat, quia inſtituti hæredes, veniunt ad ſucceſſionem, ex judicio defuncti: qui poteſt etiam inæqualiter inter liberos bona ſua dividere, ut eſt in *l. 8. parentib. C. de inoffic. teſtam. cum ſimilibus:* ſed ab inteſtato ſuccedentes veniunt vi & autoritate legis: quæ omnes inter ſe exæquat. Illi igitur non cogebantur conferre; hi cogebantur, quia inter eos, qui ab inteſtato ſuccedunt, ſervanda eſt æqualitas. Ratio exceptionis, quare liberi etiam ex teſtamento hæredes collatione fungi cogerentur, ſi pater id præcepiſſet, hæc eſt: quia voluntas teſtatoris pro lege cuſtodienda eſt, maximeq; patris inter liberos (dummodo ne legitima defraudetur) diſponentis: de quo *infrà parte ſeq.* latiùs dicam.

Hoc † autem diſcrimen ſuſtulit Juſtinianus per *Nov. 18. c. 6.* Illud quoque, 2
ſanciens, ut ſive quispiam inteſtatus moriatur, ſive teſtatus, omninò ab hæredibus fiant collationes, & exinde æqualitas ſervetur: niſi teſtator expreſsè declararit ſe velle non fieri collationem. Ratio regulæ & ſublatæ veteris differentiæ, eſt, præſumpta voluntas teſtatoris: quaſi videlicet is voluerit conferri à liberis, quibus fortè quantum dederit oblitus eſt: quam rationem ipſe indicat Imp. *in d. Nov. 18.* omiſſa autem per oblivionem plerunque pro expreſſis in jure haberi ſolent: ut aliquot locis legum probat Cujac. *in Parat. C. tit. de collation.* Ratio exceptionis eſt, quia in teſtamentis dominatur voluntas teſtatoris (dummodò non ſit contraria legibus) non mirum eſt igitur, ſi is etiam collationem prohibere poſſit. Quo facto præcipuum (ſum vocauſſi) habebit quisque liberorum quod vel dotis nomine, vel donationis propter nuptias accepit. Sæpiſſimè autem hoc etiam in teſtamentis parentum ex primi ſolet (an debeant conferre

vel non) & obſervandum eſt quod teſtator pater voluit. Sic etiam ab inteſtato interdum defuncti, verbi gratia: in codicillis comprehenſa ceſſat collatio, ut in caſu, quem proponit Scævola *in l. 39. ex parte. §. inteſtato. 1. ff. fam. erciſc.*

3 Porrò † ſententiam juris noviſſimi de collationibus hisce verbis expreſſit Julianus *in Epit. Nov.* *Si quis pro filia ſua dotem genero dederit, vel propter nuptias donationem pro filio ſuo nurui præſtiterit: poſteaque ipſe pater deceſſerit, teſtatus ſive inteſtatus, & non ſpecialiter expreſſerit, ut nulla collatio fiat dotis, vel ante nuptialis donationis: ſi hoc igitur ita ſit, is qui ſuccedere jure patris. voluerit, cogatur conferre dotem, vel antenuptialem donationem.* Hactenus Julianus: quo nemo rectiùs mentem Juſtiniani, quæ ſæpè in prolixitate nimia verborum ſatis obſcura eſt, aſſequi potuit, cum eodem etiam ævo vixerit, quo Novellæ ſunt promulgatæ: *ut dixi in prolegom. ſuprà.*

4 Quæritur, † an quemadmodum dos, & donatio propter nuptias, ſicut jam dictum, conferenda eſt inter liberos tam ex teſtato quàm ab inteſtato ſuccedentes patri, niſi expreſsè vetuerit pater: an, inquam, ſic etiam ſimplex donatio cõferatur? Quam magnam & difficilem quæſtionem eſſe dicit Johan. Faber *in Breviario. C. ad Auth. ex teſtamento. C. de collation.* ubi de ea refert diſſentientes opiniones Azonis & Dyni, ac Johannis (unus ait, alter negat, tertius diſtinguit.) De eadem Cujac. agit *lib. 3. obſ. 30.* quo nunc remiſiſſe ſufficiat. Quæri-
5 tur † etiam, an & prælegata conferantur? Et Balduinus *in Juſtin. pag. 552.* ubi explicat *Nov. 18.* reſpondet verius eſſe, ut non conferantur: quia ſatis intelligitur, eo fine relicta eſſe prælegata, ut ſint & habeantur præcipua: Imò præcipiẽdi verbo relinqui ſolent, & *præceptiones* dicuntur. Jam verò præcipuum quid habere, & cogi conferre, ſunt inter ſe oppoſita. *l. 12. & l. ſeq. C. de collat. & paſſim alibi.* Ergò, quod quis poteſt habere præcipuum, utpote ſibi prælegatum à teſtatore (patre vel avo) id conferre non cogitur. Facit hoc ipſius teſtatoris voluntas, qui videtur collationem ipſam prohibuiſſe prælegando: Voluntas enim teſtatoris de collatione non facienda, multis modis cognoſci poteſt: & non tantùm ex verbis talibus, ſi dicat *nolo collationem fieri*, vel *volo ut liberi mei non conferant quæ acceperunt à me &c.*

6 Illud † ferè ſuperfluum eſt, ut admoneam, collationem non habere locum inter cohæredes extraneos: nam his non confertur, neque ipſi aliis conferunt, ſed tantum liberi, qui vel emancipati ſunt, vel ſui, id eſt, in poteſtate. Cætera
7 † de collationibus, Imp. *in d. Nov. 18.* relinquit anteriorum legum diſpoſitioni. Nam quoad res, quæ in collationem veniant, vel non, de his nihil novi conſtituit. Plura de collationibus vide in locis ſuprà à me indicatis *init. huius capit.* & inprimis apud Cujac. *in Parat. C. & ad Nov. 2. & lib. 3. obſerv. c. 30.* Item apud Balduinum *in Juſtin. pag. 550.* cum *duabus ſeqq.* denique apud Treutlerum, *vol. 2. diſput. at.*

CAP.

Digitized by Google

CAP. VII.

De duarum dotium debito, & de eo qui dotem accipere non vult. Ad Nov. 91. & Authent. si quid ex rebus. C. qui pot. in pign. hab.

SUMMARIA.

1 *Duabus mulieribus in dotis repetitione concurrentibus; quæ prior tempore, potior est iure.*
2 *Nov. 91. non est novi iuris introductio, sed veteris confirmatio & interpretatio.*
3 *Quomodo accidere possit concursus duarum mulierum in dotis repetitione.*
4 *Nov. 91. cap. 1. verb id est dicere. interpretatio ex Iuliano.*
5 *In duobus publicis debitis antiquioris est potior causa.*
6 *Quid iuris, si per maritum steterit, quò minus dos ei solveretur? ex Nov. 91. cap. 2.*
7 *Quæ requirantur, ut per maritum steterisse dicatur?*
8 *Mulier repetere non potest dotem, quam non dedit, licet per maritum steterit.*
9 *De debiti oblatione, consignatione & depositione, remissióve.*
10 *Maritum in morâ dotis accipiendæ esse, est exiguis contingentibus.*

DIximus suprà de privilegiis dotis, quomodo mulier & in personali actione sua de dote, & in actione hypothecariâ habeat privilegium, quo præferatur omnibus creditoribus mariti, non solùm chirographariis, sed etiam hypothecariis antiquioribus, sive illi expressam sive tacitam habeant hypothecam. Diximus quoque hoc idem privilegium dari etiam filiis hæredibus matris, adeoque omnibus liberis: extraneis verò hoc privilegium non competere *l. un. C. de privil. dot.* Hæc, inquam, suprà exposuimus: sed nondum habemus omnia. Quid enim si duæ mulieres concurrant, quæ de dote sua repetenda inter se certent: vel quid si prioris mulieris defunctę liberi agant de dote suæ matris, & altera mulier agat de dote sua: De † hoc 1
casu regulam tradit Imp. *in l. assiduis. ult. §. exceptis, vers. duabus. C. qui pot. in pign.* Duabus dotibus ex eadem substantia (intellige ejusdem mariti) debitis, ex tempore prærogativa manere debet: & non debet jus quod posteriori uxori datum est priori sive eius liberis denegari, hoc est, prima uxor eiúsve soboles in repetitione dotis præfertur secundæ. Id jus Imp. *in Nov. 91.* & confirmat & declarat hoc modo: *si res dotales appareant*, id est si extent, *unaquæque mulier, vel eius soboles, eas vindicat*, hoc est, à possessore petit per in rem actionem (hæc enim pro dote competit, ut est in *l. 30. in rebus. C. de tur. dot.*) *Si verò consumptæ sint, vel diminutæ* (item alienatæ) *prior uxor eiúsve liberi in cæteris bonis mariti sunt potiores secundæ uxore, sive eius liberis.* Hanc distinctionem æquissimam ex ipso textu *d. Nov.* sumptam, habet etiam Julianus Antecessor: & repetiit Cujac. *ad eandem Novellam.*

Et apparet † ex his, quàm verè scripserit Julianus: non per innovationem, 2
(seu juris novi constitutionem) hoc introductum esse, sed magis per interpretationem, (nempe juris illius, quod anteà fuit) cujusmodi multa in Novellis occurrere dixi *suprà in prolegomenis.*

Quæret † aliquis, quomodo fieri potest, ut in dote repetenda, concurrant 3
duæ mu-

Digitized by Google

duæ mulieres? num quis duas uxores habere potuit, aut viva priore ſuperducere alteram? Reſp. ex eodem Juliano, potuiſſe fieri, ut primæ nuptiæ repudio ſive divortio fuerint ſolutæ

4 Addit etiam Julianus: † *liberorum appellatione omnes deſcendentes perſonas complectimur:* quod pertinet ad declaranda illa verba textus: *ideſt, dicere nepotes, & pronepotes, & deinceps ſucceſſores, cuiuscunq; naturæ, fuerint,* vide & §. *ult. inſt. qui teſt. tut. dar. poſſ.* & *l. 220. liberorum, ff. de V. S.*

5 Huic † ſimile eſt: quod ſi duo ſint publica debita, id eſt ſi duobus fiſcis, vel duabus ſtationibus fiſci ab aliquo debeatur: antiquior præfertur, & ſola prærogativa temporis hic quoque locum habet. *d. Novell. 91.* & ibi hoc explicat Cujac.

6 Sequitur † alterum caput *eiusdem Nov. 91.* In quo hoc quæritur: an uxor quæ dotem non intulit, quia ſcilicet maritus, vel ſocer, vel proſocer eam dotem accipere noluit, ſoluto matrimonio nihilominùs lucretur donationem propter nuptias. Videbatur dicendum, quòd talis uxor ex donatione propter nuptias nihil conſequi vel lucrari debeat *per Nov. 2. c. ult.* ubi conſtituit Imper. ut morte mariti ſoluto matrimonio mulier, quæ dotem cavit quidem ſeu promiſit, non tamen numeravit, nec quicquam dedit, careat omni lucro donationis propter nuptias: & ut ea, quæ partem tantùm dotis intulit, partem duntaxat ex donatione propter nuptias lucretur, pro rata parte ſcilicet dotis, quam intulit: quod idem exprimitur *in Auth. ſed quæ nihil. C. de pact. conv.* Atque hæc ratio erat dubitandi. Contrarium tamen reſpondetur, nempe hoc caſu, quo muliere, vel alio pro ea dotem ſolvere paratis maritus, vel ſocer, vel proſocer, recuſavit oblatam accipere atque ita per hos ſtetit, quò minùs reipſâ dos numerata inferretur; mulierem lucrari debere donationem propter nuptias. Ratio decidendi eſt, tum quia propter moram mariti vel ſoceri, non debet mulier, quæ in mora non fuit, damno affici, aut lucro ſuo, quod ex pacto vel ſtatuto ei debetur, carere: cùm mora cuique ſua debeat eſſe nociva, ut eſt regula juris Civilis & Canonici: tùm quia mariti mora in accipiendo commiſſa facit, ut dos quamvis data non ſit, tamen pro data habeatur. Huc facit *l. 161. in jure civili, ff. de Reg. jur.*

7 Sed hîc † obſervanda ſunt mulieri vel alteri, quisquis dotem dare debet, neceſſaria requiſita: nempe ut ſiquidem dos conſiſtat in rebus immobilibus, ſive in prædiis, offerat eam teſtatò, id eſt, adhibitis teſtibus (ad minimum duobus, *arg. l. 12. ubi numerus. ff. de teſtibus.*) dicat ſe paratum paratámve eſſe præſtare dotem Sin autem dos conſiſtat in aliis rebus mobilibus, ut offerat, conſignet, & deponat eas: extra judicium quidem in æde ſacrâ, vel in tabulario, ſeu archivo civitatis: vel ut offerat judicialiter marito non ignorante. Hæc ſi non obſerventur, non poteſt dici maritum fuiſſe in mora accipiendi, ſive per ipſum ſtetiſſe, quo minus ei dos ſolveretur (quid enim imputari poſſit ignoranti, & quem nemo certioraverit?) proindeque mulieri nullum etiam lucrum obveniet ex

8 donatione propter nuptias. Etſi autem † oblatione ritè facta mulier petere poteſt lucrum donationis propter nuptias, tametſi reipſa dotem non ſolverit: tamen non poteſt dotem ipſam, quam non dedit, ſed obtulit recuſanti accipere marito,

Digitized by Google

marito, repetere: nisi dotalibus instrumentis comprehensum fuerit, dotem datam esse, nec opposuerit maritus intra legitima tempora exceptionem, non numeratæ dotis, *l. ult. C. de dote caut. & non numer. Nov. 100.* & Cujac. *ad fin. Novel. 2.*

Porrò, † cum eo, quod suprà dixi de oblatione, consignatione, & depositione dotis, eiusque insigni effectu, ut scilicet videatur dos data; cùm hoc, inquam, conferri velim, quod alibi in jure nostro traditum est, de debiti oblatione, consignatione, ac depositione, de cujus effectu multiplici videatur inprimis *l. 19 acceptam. C. de usur. & ibi Hotom.* item *l. 9. obsignatione. C. de solution. & ibi Donell.* Item Johan. Borcholt. *in comment. de usur.* 9

Postremò *ad hoc alterum caput Nov. 91.* non dissimulo; videri admodùm rarò contingere, ut maritus sit in mora accipiendi: cum multò crebriùs mulier eiúsve parentes soleant esse in morâ dandi, qui sæpè in elocanda filiâ futuro genero au reos montes pollicentur; posteà verò cum ad rem ventum est, nihil aut parum præstare possunt, aut volunt: quos ea in re perniciosè peccare ait Andr. Gail. *lib. 2. obs. 87. n. 4.* leges verò de eo potiùs ferri debent, quod ut plurimum, & frequenter, & facilè accidit, quàm de eo, quod ratò: ut *ex Theophrasti libro de legib.* referunt Jurisconsulti *in l. 3. cum tribus. seqq ff. de legib. & in l. 3. in fin. ff. si pars hæredit. pet.*

CAP. VIII.

De dote cautâ & non numeratâ. Ad Novell. 100. & Auth. quod locum habet. C. d. t. de dot. caut.

SUMMARIA.

1. *Pecuniam se accepisse, spe futuræ nec tamen secutæ numerationis, per syngrapham vel apocham fassus, quæ nam remedia iuris habeat?*
2. *Inter exceptionem non numeratæ pecuniæ, & exceptionem non numeratæ dotis differentia duplex.*
3. *Querela, vel exceptio non numeratæ dotis, non semper intra annum integrum, sed aliquando intra tres menses, aliquando nullo modo opponenda ex Nov. 100.*
4. *De modo contestandæ istius querelæ sive exceptionis.*
5. *De vi & effectu eius contestationis.*
6. *Marito minori XXV. annis duodecim anni ad contestandam querelam non numeratæ dotis dantur.*
7. *Maritis heredi minori XXV. annis, quinquennium ad contestandam hanc querelam conceditur.*
8. *Novella 100. inter casus matrimoniorum præteritos & futuros distinguit.*
9. *Querela non numeratæ dotis locum non habet si & instrumentum dotale, & apocha mariti, dotem numeratam esse testentur.*
10. *De aliis quæstionibus, remissivè.*

ADmonet me, quod suprà *prope finem capitis præcedentis* attingebam, de exceptione non numeratæ dotis à marito, intra legitima tempora opponenda, ut eius naturam paulò diligentiùs sub hoc capite explicem.

Præmittendum est autem, † 1. sæpè fieri, ut quis spe futuræ numerationis 1
det syngraphan, vel apocham, qua fateatur se accepisse pecuniam: quam ta-

Digitized by Google

men non accepit. Et is ſi ex chirographo ſuo conveniatur, habebit hæc juris remedia ut obiiciat exceptionem non numeratæ pecuniæ: item pro varietate & contingentia caſuum, non numeratæ dotis: habet item condictionem ad repetendam ſuam apocham, vel ſyngrapham: ut latiùs explicari ſolet *ad tit. Inſtit. de literar. obl. & ad §. Idem juris eſt, Inſt. de exception. & ad t. C. de non numer. pecun.* Inprimis *ad l. 14. in contractibus. eodem tit.* Eſt autem ut omnium exceptionum, ita hujus quoque fons, ipſa æquitas: nam ſi is qui ſperabat ſe accepturum ab amico mutuum, & hac ſpe chirographum ei dedit quo ſe obligarit ad reddendum: numeratione non ſecutâ, longè iniquiſſimum foret, ſi condemnaretur ad reddendum, quod non accepit: ſecundum illud proverbiale; *metis, ubi non ſeminaſti.*

2 Secundò præmittendum, † exceptionem non numeratæ pecuniæ, quamvis magnam habet cognationem cum exceptione non numeratæ dotis, ut manifeſtum eſt *ex fine d. l 14.* tamen has duas ſpecies inter ſe differre, non ſolùm ratione ſubjectæ materiæ: ſed etiam ratione temporis intra quod proponendæ ſunt. Quod ad priorem differentiam attinet: manifeſtum eſt, latiùs patere exceptionem non numeratæ pecuniæ, quàm alteram non numeratæ dotis. Illa enim generalis eſt ad quamvis pecuniam creditam, ſive ex cauſa mutui, ſive ex alia, pertinens: iſta verò ſpecialis eſt, & in ſola cauſa dotis locum habet: unde non eſt mirum, quod etiam de hac ſub propriotituloagitur. C. *de dote caut. non numer.* Ad alteram differentiam quod attinet, quæ à tempore ſumitur: exceptio non numeratæ pecuniæ olim quinquennio concludebatur: ita ut eo elapſo ampliùs opponi non poſſet: hodiè biennium à Juſtiniano ei præſtitutum eſt. *d. l. 4. c. de non. numerat. pecun. & d. tit. Inſt. de liter. obl.* ubi & ratio additur temporis ita decurtati. Sed exceptio non numeratæ dotis, poſt matrimonium, vel morte, vel repudio ſolutum anno terminatur: ut ſi quis eam opponere velit, intra annum duntaxat audiendus ſit: qui annus eſt continuus & computari debet à die mortis unius conjugum, vel miſſi repudii *l. ult C. de dot. caut. non numer.* ubi exponit etiam Imper. quibus hæc exceptio detur & contra quos.

3 Atque † hoc jus hujus exceptionis (quam & *querelam* vocat Imp. tàm *in d. l. 14.* quam *in Nov. 100.* Julianus verò *ibid. in Epit* etiam *querimoniam*) ante Novellas fuit receptum Juſtinianus id nonnihil declaravit & limitavit *in Nov. 100.* unde ſumpta eſt *Auth. quod locum habet*, ſubjecta *d. l. ult.* Declaratio autem & diſtinctio talis eſt: aut biennio tantum duravit matrimonium; aut ultra biennium, ſed non ultra decennium; aut denique etiam ultra decennium. Primo caſu exceptio dotis non numeratæ opponenda eſt intra annum, poſt diſſolutum matrimonium; eatenus enim confirmavit Imp. *d. l. ultimam.* Secundo caſu opponenda eſt illa exceptio intra tres menſes à ſoluto matrimonio: tribus menſibus elapſis finitur & expirat; ut non ampliùs habeat locum (exceptiones aliæ ſunt temporales, aliæ perpetuæ, vel aliæ dilatoriæ, aliæ peremtoriæ) Tertio caſu hoc eſt, ſi matrimonium ultra decem annos conſtiterit, exceptio non numeratæ dotis, non ampliùs competit, neque marito, neque ſocero, neque heredibus ejus: ſed dos ſimpliciter reſtituenda eſt mulieri poſt divortium eam repetenti, vel hæredibus ipſius, ſi morte ſolutum ſit matrimonium. Hinc jam intelligimus,

Digitized by Google

telligimus, quid novi juris circa hanc exceptionem non numeratæ dotis constituerit Imp. nimirum cum olim indistinctè per totum matrimonii tempus, quantiscunque annis constitissет, locum habuerit ista exceptio, & opponi potuerit à marito, vel cæteris intra annum à matrimonio per mortem, vel divortium dissoluto: Justinianus distingui voluit inter tempora durationis matrimonii, ut jam dictum est. Rationes autem quare sic coarctârit & decurtârit hujus exceptionis tempora, vel etiam nonnunquam planè denegarit eandem, ex textu *d. Nov. 100.* facilè ab unoquoque lectore attento colligi possunt, maximè *in cap. 1. vers. sit que in hoc, &c.*

Addit Imp. ibidem, † de modo contestandæ huius querelæ, sive exceptionis: nempe ut contestatio illa non fiat nudis verbis (sive sermonibus, ut loquitur textus) sed literis, sive in scriptis, quod potest quidem extra judicialiter fieri si nimirum illa scriptura insinuetur mulieri, vel alii cuipiam: qui dotem pollicitus, tamen non dedit. Sin autem in judicio malit quis contestationem istam facere, omninò curare debet, ut innotescat mulieri, vel aliis dotis debitoribus. *d. Nov. 100. c. 1. vers. contestationem verò. & Auth. Hanc autem querelam.* (id est, exceptionem) *C. de non numer. pecun.* 4

Contestatio † hæc ritè facta, hanc duplicem vim habet: 1. ut exceptionem ex temporali faciat perpetuam: quod & Bartolus *ad hanc Novellam* notat. 2. ut onus probandi transferat in actorem: hoc est, eum vel eam, qui repetit (soluto scilicet matrimonio) dotem quasi à se datam. Cogitur enim probare numerationem, de qua Instrumentum loquitur, revera subsecutam esse. Videatur & Cujacius *ad d. Nov. 100. p. 328.* 5

In † *eadem* porrò *Novellâ, C. 2. vers. & si quidem intra ætatem, &c.* excipit Imp. maritum minorem 25. annis quem vocat *intra ætatem*, cui opponitur à Juliano is qui est legitimæ ætatis: legitima verò ætas, cum aliâs in jure variè accipiatur pro subjecta videlicet materia, hoc loco usurpatur de eâ, quæ est major, 25. annis. Exceptio igitur, de quâ cœperam dicere, talis est: quod minori marito dantur duodecim anni ad contestandam querelam non numeratæ dotis: & hæredi eius intra duodecimum annum mortui, datur annus unus. Et hæc prior est exceptio, cujus ratio *ibid.* in textu videatur. Semper enim hoc operam dat Justinianus, ut nihil sine ratione videatur in jure vel constituisse primùm, vel innovasse: Sed in rationibus reddendis sæpè nimiâ prolixitate, & quodam Asiatico verborum profluvio tædiosus est, ut dixi etiam in prolegomenis. 6

Alteram † quoque exceptionem addidit *d. c. 2. §. 1. si autem minores*, unde sumpta est *Auth. si minor. C. de temporibus in integr. restit.* nempe minori, qui non ipse sit maritus, sed hæres mariti, cui dos non erat numerata, semper & indistinctè dari quinquennium, ad contestandam hanc querelam à morte mariti: indistinctè, inquam, & semper, sive maritus ipse quoque fuerit minor sive major 25. annis, cùm moreretur: nisi fortè marito adhuc vivente extincta fuerit querela, sive exceptio ista, lapsu decennii, à tempore contracti matrimonii. Nam ut hæres querelam habeat salvam, oportet ut maritus fuerit mortuus intra decennium à tempore contracti matrimonii. Si postquam decennium in matrimonio vixit, decesserit: querela non ampliùs habuit locum, nec in ipsius per- 7

Digitized by Google

9 *Alienatio & obligatio prædiorum propter nuptias donatorum eſt ipſo iure nulla; quoad uxorem, non quoad maritum: exemplo hypothecæ & venditionis rei alienæ.*

10 *Alienatio & obligatio rerum ſive dotalium ſive propter nuptias donatarum, cum conſenſu mulieris poſt biennium iterato facta, valet.*

11 *Dotium privilegia non competunt extraneis mulieris heredibus agentibus.*

12 *Maritus alia bona ſua, quæ extra donationem propter nuptias ſunt, alienare & obligare non prohibetur*

13 *De aliis quæſtionibus hùc pertinentibus, remiſſivè.*

CEleberrimus eſt in Jure civili locus de alienatione rerum dotalium marito non permittenda, de qua etiam olim cautum fuit Lege Julia de fundo dotali *t.t. ff. & C. de fund. dot. l. unic. §. & cum l. Iulia, C. de rei uxor. act. §. 1. Inſt quib. alienar. licet vel non.* Et hunc quoque locum Imperator in Novellis non reliquit intactum: adjungens etiam quid juris eſſe debeat in donatione propter nuptias. Quò pertinet *Novel. 61.* † cuius inſcriptio plenior, quæ eſt in vulgata translatione veteri poteſt eſſe vice argumenti ſive breviarii: *ut immobilia ante nuptialis donationis, neque hypothecæ dentur, neque omninò alienentur à viro, nec conſentiente uxore: niſi poſtea ſatisfieri poſſit uxori.* Hæc verò etiam in dote valere. Et hactenus Inſcriptio, ſive Summarium. 1

Præmittendum eſt autem 1. † & dotem, & donationé propter nuptias (quæ eſt *contrados* ſive ἀντιφέρνη.) vel in rebus mobilibus conſiſtere, vel in immobilibus ſive ſoli, ut in fundis, in prædiis, agris, vineis, pratis, ædibus, ſtagnis, &c. 2. † quæ in favorem donationis propter nuptias introducta ſunt, ea multò magis etiam in dote obtinere, *Bart. ad d. Novel. in pr. num. 2.* Quod tamen non convertitur: ut quicquid in favorem dotis conſtitutum eſt, valeat etiam in donatione propter nuptias: ſicut videre eſt in privilegio prælationis, quod competit quidem doti, ſed non etiam donationi propter nuptias, quemadmodum nec paraphernis: ut & ſuprà monui ex Mynſing *cent. 5. obſ. 4.* 2 3. † Dotem, aliam eſſe æſtimatam, aliam inæſtimatam: & diverſum eſſe Jus dotis æſtimatæ, (quæ ferè loco venditionis habetur, omneque & dominium rei, & periculum ad maritum transfert) diverſum, inquam, ab inæſtimata: & hanc propriè dici rem dotalem: interdum etiam, æſtimatâ licet dote data, tamen uxorem ſibi reſervare optionem & electionem, utrum rem, an pretium, ſive æſtimationem eius malit ſibi reddi: quæ omnia & legibus comprobavi, & pluribus expoſui *ad l. contractus. 23. ff. de Reg jur. ſub capite de Dote.* 3 4

His ita præmunitis evidentiæ cauſa, nunc cætera videamus. Igitur † certi Juris eſt, maritum non poſſe prædia dotalia inæſtimata alienare, vel obligari pignori aut hypothecæ, ne quidem conſentiente muliere. *d. l. unic. §. ult. C. de rei uxor. act. & d. §. 1. Inſt. quib. alien. lic. vel non.* Ratio prohibitionis eſt, ne fragilitate naturæ ſuæ (ſive ſexus) mulier in repentinam deducatur inopiam. *d. l. un. §. ult. verſ. ſed. ne & conſenſu, C. de rei uxor. act.* hoc eſt, ne fiat indotata (quod *arg. l. 1. ff. ſolut. matrim.* eſt contra utilitatem Reipublicæ.) Quò pertinet doctrina Bartoli *ad hanc Novellam §. & multo, n. 7. res dotalis favore mulieris prohibetur alienari, & eo reſpectu eius commercium non habetur.* Etſi † enim fundus dotalis 5 6

Digitized by Google

etiam inæſtimatus, eſt in bonis mariti conſtante matrimonio, cui & rei vindicatio pro ea competit. *l. 9. doce. C. rei vind. & ibi Dd.* tamen eſt & manet mulieris: ad quam etiam ſoluto matrimonio redit. *l. 75. quamvis. ff. de jur. dot. & l. 30. in rebus. C. eod tit. l. 21. Lucius. §. idem reſpondit. ff. ad municip. & t. t. ff. & C ſolut. matrim.* quod latiùs explicatur à Giphanio, *in comment. Cod. ad l. in rebus.* vide & Cuiacium *lib 10. obſ. 32.* qui etiam diſtinguit, ut maritus quidem ſit dominus jure civili mulier autem jure gentium: quæ etiam videtur fuiſſe mens Juſtiniani *in d. l. in rebus. C. de jur. dot.* Poteſt itaque mulier vel rei vindicatione uti, ad repetendam dotem, quaſi ſcilicet eius domina. Nam domino hæc actio competit, ut eſt notiſſimum *ex l. in rem actio. 23. ff. de rei vind.* vel hypothecariâ actione, ſive quaſi Servianâ; ratione ſcilicet tacitæ hypothecæ, quam lex ipſi tribuit pro conſervatione dotis. §. *fuerat. Inſtit. de action. & d. l. unic. §. 1. C. de rei vind.*

7 Quia † verò diverſa cauſa eſt prædiorum donationis propter nuptias, quæ non ſtatim dantur mulieri, ſicut dos datur viro à muliere, vel alio pro eâ; ſed tantùm in cauſam donationis aſſignantur ei & conſcribuntur dotalibus inſtrumentis: hinc quæſitum fuit, an maritus hæc ſaltem prædia donationis propter nuptias conſtante matrimonio poſſit alienare, vel obligare. De quo conſtituit Imp *in d. Novel. 61.* ut idem ſit juris in talibus prædiis, quod in dotalibus: hoc eſt, ut illa quoque nec alienare, nec obligare poſſit maritus. Ratio eſt: quia ſi permitteretur marito vel alienatio vel obligatio illorum prædiorum: facilè fieri poſſet, ut uxori interverteretur lucrum nuptiale, quod vi pacti, vel ſtatuti ſperatur ex donatione propter nuptias in caſum mortis vel di-
8 vortii: & ita liberi quoque communes defraudarentur: quibus ferè ſolent parentes reſervare lucra nuptialia. Nec obſtat, † ſi quis dicat alienationem aut obligationem prædiorum donatorum propter nuptias poſſe reſcindi ac revocari per mulierem utili vindicatione. Reſpondetur enim longè conſultius eſſe, ut ſtatuamus ipſo jure nullam eſſe alienationem, vel hypothecæ obligationem, quàm ut mulieri reſciſſoriam aliquam actionem demus. Multa enim intervenire poſſunt, quæ actionem faciant inanem, aut certè difficilem: puta ſi fortè alienatio facta ſit in aliquem potentiorem, qui ad conveniendum ſit difficilis. Alibi quoque ex jure ſemper eſt præſtabilius intacta cuiuſque jura ſervare, quàm poſt cauſam vulneratam remedia quærere. *l. ult. C. in quib. cauſis*
9 *in integr. reſtit. neceſſar. non eſt.* & melius eſt prævenire quàm præveniri. *arg. l. 4. C. ad L. Cornel. de ſicar. & ibi gl.* Eſt igitur † ipſo jure nulla talis alienatio & obligatio: adeò, ut quicquid contra hanc prohibitionem factum, vel ſcriptum fuerit, hoc pro infecto ſit, & pro non ſcripto habeatur. *d. Novel. 61. & ibi Julianus in Epit.* Nulla, inquam, eſt, quoad mulierem. Huius enim juri per eam nihil præjudicari potuit. Interim tamen, quoad ipſum maritum (alienantem vel obligantem) & illum, qui cum eo contraxit, non eſt planè nulla, quin potius rata eſt conventio, & alterum alteri obligat. Et hoc eſt quod ait Julianus *ad d. Novel. emptores autem & creditores, quibus res alienatæ, vel obligatæ ſunt, nullam injuriam patiantur. Nam quod ad mulieres pertinet, actionibus cavent ſuis:* (intellige emptores vel creditores, quod idcirco admoneo, ne quis fortè accipiat.

Digitized by Google

piat ista de mulieribus, quod esset falsissimum.) *& tamen aliæ mariti facultates, & ipse maritus necessariò eis* (id est, emptoribus & creditoribus) *permanet obligatus.* Hactenus Julianus. Quod exlicat Bart. *ad d. Novel. 61. §. & multo. n. 6. & 8.* nempe maritum qui vendiderit rem dotalem alienari prohibitam, teneri de evictione, (idem est etiam in re donatâ propter nuptias.) Superioribus simile est 1. quòd rei alienæ hypotheca, quamvis quoad dominum rei sit nulla, valet tamen quoad ipsos contrahentes, & inter ipsos producit actionem pignoraticiam, *l. 9. si rem alienam. §. pen. & l. 22. si pignore. §. 2 si prædo. ff. de pign. act. l. 18. si ab eo. ff. de pign. & hypothec. 2.* quòd etiam venditio rei alienæ, etiam si domino rei nihil præjudicet, nec dominium ei auferat, tamen inter venditorem & emptorem efficax est ad producendam obligationem. *t. t. ff. de act. empt. & t. de evict.* Videatur & Cujac. *ad h. Novel. nostram.*

Sed quod dictum est, consensum quoque mulieris in alienationem vel obligationem mariti, nihil operari, neque mulieri præjudicare: † id hanc recipit limitationem sive exceptionem: nisi mulier post biennium priorem consensum novo instrumento confirmârit: tunc enim valet alienatio, vel obligatio talis prædii: idque exemplo eius, quod antea constituerat Justinianus circa Senatusconsultum Vellejanum de intercessionibus mulierum, *in l. 22. si mulier. C. ad SC. Vell.* quam legem & Imperator *in h. Nov.* subindicat, & Julianus in eandem nos remittit. Videatur & Bartolus *h. in pr. n. 1 & 6.* Ratio exceptionis est: quia ex hac perseverantia & geminatione consensus, apparet; non leuitatem aliquam, sed certum ac deliberatum animi judicium fuisse in muliere, vel intercedente pro alio, vel consentiente in mariti alienationem vel obligationem rerum dotalium, vel propter nuptias donatarum. Nec tamen per omnia hîc sequimur *d. l. 22.* sed ita demùm, si mulieri de donatione propter nuptias ex aliis mariti facultatibus satisfieri possit, sive ut Cujac. loquitur, si casus donationis propter nuptias ex aliis bonis mariti refici possit; alioqui nec secundus nec tertius consensus lædere mulierem poterit, ut ait Julianus *in Epitome.* Et ben è notandum, quòd iste consensus in alienationem vel obligationem mariti ab uxore præbitus, non sit habendus pro aliqua intercessione. Nam si esset intercessio pro marito, non valeret neque confirmaretur, ne quidem si post biennium denuò interpositus fuisset, *Novel. 134. c. 8. & Authen. si quæ mulier. C. ad SC. Vell.* In eo enim notabiliter differt intercessio mulieris pro suo marito, ab illa quam fecit pro extraneo; nam hæc iteratione consensus post biennium confirmatur: quod & Cujac. admonet *h. p. 251.* Hæc, quæ diximus, de donatione propter nuptias in rebus immobilibus consistente per maritum non alienandâ; eadem omnia obtinent etiam in dotibus, quæ consistunt in rebus immobilibus inæstimatis, vel æstimatis quidem, sed hac adjecta lege: ut mulieris esset electio, utrum res dotales, an pretia earum repetere mallet. Erronea igitur est distinctio Johannis, quasi hîc esset differentia inter dotem & donationem propter nuptias: ut scilicet prædii dotalis quidem alienatio vel obligatio planè non valeat, quamvis consensum suum mulier sæpius iteraverit: donationis verò propter nuptias alienatio, vel hypotheca valeat consensu mulieris post bien-

Digitized by Google

biennium iterato: quæ commentitia distinctio satis refellitur, & ipso contextu Novellæ & per Epitomen Juliani, & per Cujac. *add. Novel. 61.*

11 Adjungit autem † Imperator, *ad finem d. Novel.* se privilegia dotium sive prærogativas, ut vocat Julianus, integras conservare mulieribus, si ipsæ agant mulieres, (adde vel ipsarum liberi) non etiam extraneis hæredibus: nam in extraneum hæredem non transit privilegium dotis, ut præferatur omnibus creditoribus mariti *l. unic. C. de privil. dot.* Sed hac de re suprà quoque dixi *alio capit.*

12 Quæritur, † quid Juris sit de aliis mariti bonis (extra donationem propter nuptias) an illa quoque prohibita sint alienari? Sed hoc negandum est: Etsi enim mulier in illis habet tacitam hypothecam & dotis nomine & donationis propter nuptias: tamen non propterea denegatur marito facultas ea alienandi, vel aliis obligandi. Imò valet alienatio & obligatio aliorum bonorum à marito facta, adeò; ut nec possit mulier illa revocare, postquam semel remisit hypothecam suam, id quod potest facere. *l. 11. etiam. & l. 21. C. ad SC. Vell. l. quamvis. in pr. ff. eod. 4. l. un. § ultim. C. de rei uxor. act.* Remissio enim pignoris vel hypothecæ non est habenda pro donatione, non etiam pro intercessione: quæ duo mulieribus interdicta sunt. *t. t. ff. & C. de donat. inter virum & uxorem. & t. t. ad SC. Vell.*

13 De aliis † quæstionibus ad hanc Novellam videatur Bartolus, v. g. an venditio rei dotalis facta à muliere valeat, si vel jurata sit, vel maritus in eam consenserit? Item si mulier primò juraverit, se nolle alienare, nisi justa causa interveniente, & posteà sine causa alienaverit, interposito alio novo jurejurando, priusnè an posterius juramentum potentius habendum & servandum sit? de quo concludit standum esse potius priori juramento. Notabilis etiam est eiusdem Bartoli distinctio, *n. 3. & 4. in §. Et multò, &c.* hæc Novella nostra, de alienatione rei dotalis, quatenus sit prohibita vel permissa. Quod autem *in eiusdem Novellæ principio. n. 9.* ait ex gl. in mulierem transire utile dominium donationis propter nuptias ipso jure, sine facto hominis: hoc est, sine traditione: eâ de re quid sentiendum videatur, jam suprà alio capite exposui.

CAP. X.

De Insinuatione Dotis vel donationis propter nuptias. Ad Novel. 119. & ad Novel. 127. junctâ Authent. Eò decursum. C. de de donat. ante nuptias.

SUMMARIA.

1 *Donatio excedens quingentos aureos, insinuationem requirit.*
2 *Quod Leo Nov. 50. abrogavit, frustrà.*
3 *Dos & donatio non requirunt insinuationem, ad sui firmitatem.*
4 *Dos nunquam opus habuit insinuatione: quia contractus est, non donatio simplex.*
5 *De donationis propter nuptias insinuatione ius triplex.*
6 *Juliani epitome Nov. 127.*
7 *Postremo iure utendum.*
8 *Nihil interest, à quo, & in cuius personæ conscripta.*

Digitized by

ſcripta ſit donatio.

9 *In Gallia & dos & omnes alii contractus inſinuandi.*

10 *Dotis privilegia denegantur hæreticis, niſi reſipuerint.*

11 *Mulier indotata & inops, ſoluto matrimonio ex maritis locupletis bonis quartam partem conſequitur,*

12 *De dote & donatione propter nuptias, tractatus, conſuetudines, & ſtatuta quædam indicata.*

13 *De dotalitio, Morgengaba, & localibus, remiſſivè.*

NOtum † eſt *ex Inſtit. §. aliæ autem donationes, verſ. & cum retrò princi-* 1
pium, & cit. de donation. & ex l. pen. § ult. C. eod. tit. donationes quæ excedunt quingentos ſolidos ſive aureos, debere inſinuari actis, ſive geſtis monumentorum publicorum: ſi non fuerint inſinuatæ, non valere ultra ſummam quingentorum. Olim erant tantùm ducenti: deindè trecenti ſine inſinuatione, ad donandum permiſſi. *l. 34. ſanctmus. C. de donation.* & notat Giphan. *ad l. 25. eod. tit.* Ratio eſt, ut nimis effuſæ donationes, quibus homines facilè ad egeſtatem perduci poſſent, refrenentur & coërceantur per illâ inſinuandi neceſſitatem: præterea ut etiam fraudibus occurratur: ſicut & has ipſas, & plures cauſas ex Dd. adnotavit Johan. Schneidewein *ad d. §. alia. Inſtit. de donat.* Quod † tamen Jus Leo Imperator *in N. 50.* ſuperfluam vocans ſub- 2
tilitatem ita innovavit, ut donatio in ſcripturam redacta, quamvis ſummam quingentis ſolidis majorem contineat, tamen valeat etiam abſque inſinuatione: donatio non ſcripta valeat uſque ad quingentos aureos, dummodo tribus teſtibus confirmetur: ut ita illam duntaxat donationem Leo reliquerit, ſubjectam inſinuationis neceſſitati, quæ neque in ſcriptis facta eſt, neque tribus teſtibus adhibitis, & ultra quingentos aureos aſſurgit. Sed hujus Imperatoris Novellis in foro non utimur.

Quare, ut eo omiſſo ad Juſtiniani legislationem revertamur, quæritur, † quid 3
juris ſit de dote, & donatione propter nuptias, an illæ quoque inſinuationem requirant ad ſui firmitatem. Videbatur dicendum quod ſic: per argumentum à genere ad ſpeciem: quia & dos & donatio propter nuptias ſunt ſpecies donationis, quod igitur convenit univerſo generi, idem etiã neceſſe eſt omnib. ejus ſpecieb. convenire. Dotem autem eſſe donationem quandam manifeſtum eſt, vel *ex l. ult. verſ. Ideo enim & antiqui, & c. C. de donation. ante nupt.* De contradote ſive antipherna, idem indicat ipſum vocabulum: ſi enim non eſſet hæc quoque ſpecies donationis, quare *donatio propter nuptias* diceretur? vel quare *ſponſalitia largitas?* (hæc enim duo idem valent: quod notandum eſt contra quoſdam, qui contrarium ſentiunt: ut Johan. Faber quoque rectè annotat *in Breviar. C. ad d. Auth. eò decurſum. t. de donat. ante nupt.*) Sed tamen diſtinctè de his notandum eſt: & 1. quidem † de dote hoc tenendum, quod dos nunquam 4
indiguerit inſinuatione. *l. ult. C. de jur. dot.* Etſi enim dos connumeratur donationibus, ut ſuprà dictum: tamen non eſt donatio ſimplex, ſed potiùs contractus: unde & ab Ulpiano dotis datio inter contractus recenſetur, *in l. 23. de Reg. Jur.* datur enim dos ob cauſam, ſive ob negotium, nempe propter nuptias, & ut maritus ex fructibus dotis ferat onera matrimonii. *l. 20. pro oneribus. C. de jur. dot.*

cum similibus. & ibid. in gloss. unde sine nuptiis dos nulla intelligitur, *l. ultim. in princ. versicul. sicut enim. C. de donationib. ante nuptias & l. 3. ff. de jure dotium. l. 11. C. de repud. cum aliis.* Jam verò contractibus nunquam fuit imposita lex sive necessitas insinuandi, sed valent illi contractus etiam absque insinuatione; quod receptum est, ut tantò major esset libertas commerciorum, quæ per insinuationem, cuius non semper copia haberi potest, non parùm impediretur,
5 cum detrimento Reipublicæ. 2. Quod † ad donationem propter nuptias attinet, triplex circa illam Jus observandum est, ut etiam Bartolus admonet *in Authent. ut sponsalitia largitas specialis sit contractus. in princ. num. 1.* Nam olim indistinctè erat insinuanda hæc donatio, excepta tantùm matrefamiliâs minore 25. annis, si in eam collata esset. *l. 17. minoribus. C. de donationibus ante nuptias. l. penult. §. aliâs verò. C. de donationibus. l. ultim. §. simili quoque. C. de jure dotium.* Et hoc est primum Jus. Alterum est *ex Novel. 119.* ut donatio propter nuptias, quantacunque sit, non egeat insinuatione, nec ex parte viri, nec ex parte mulieris; sed valeat etiam non insinuata. Huic simile est, quod etiam donationes causa mortis non indigent insinuatione actorum. *l. ultim. C. de donation. causa mortis.* Tertium Jus est *ex Novel. 127.* ut donatio propter nuptias ad sui validitatem requirat insinuationem, non ex parte mulieris, sed tantùm ex parte mariti, quatenus scilicet is lucrum sperat, vel captat ex dote: eius enim lucri non aliter compos fiet, quàm si donationem insinuari curaverit. Mulieri autem omissio insinuationis nihil nocet, quò minus scilicet ipsa
6 donationem propter nuptias lucretur. Quæ † omnia ut tantò fiant dilucidiora, operæ pretium fuerit, elegantem locum ex Epitome Juliani ascribere. *Sin autem non insinuatur: sit quidem ex parte mulieris propter nuptias donatio,* (scilicet quæ excedit quantitatem quingentorum solidorum) *valida: ex parte autem mariti irrita.* (Vulgò dicitur, *contractus non debere claudicare.* sed hoc Brocardicum est falsum, ut hîc habemus exemplum, ubi ex parte est valida donatio, ex parte irrita.) *& ideò matrimonio soluto, mulieri quidem ante nuptias donatio sive ex toto, sive ex parte, secundum quod casus tulerit, sine ullo obstaculo competat: marito autem dotis retentio, sive ex parte, sive in totum secundum eventus qualitatem nullo modo concedatur.* Addit etiam rationem: *quia in potestate eius mariti fuerat, propter nuptias donationem ultra quingentos solidos constitutam actis insinuare. Et ideò periculum non intimatæ* (id est, insinuatæ) *propter nuptias donationis ad ipsum, non ad mulierem respiciat.* Hactenus Julianus, quo nemo meliùs
7 istud Jus interpretari poterit. Atque † hoc jure solo uti debemus, tanquam postremo, *arg. l. ult. ff. de constit. princ.* ubi Modestinus: *posteriores*, inquit, *constitutiones firmiores sunt prioribus, quæ antecesserunt.*

8 Nihil autem † interest, quis donationem propter nuptias conscripserit, ipse nè maritus, an alius pro eo: Item, an in personam mariti, an in personã mulieris conscripta fuerit ista donatio *d. N. 119 & ibi etiam Iulianus in Epitome*: quæ pars eius Novellæ manet, neque corrigitur per *Novellam 127.* posteriorem.

9 Notandum obiter † *ex Cujacio ad d. Novel. 119 p. 354.* in Gallia ex Constitutionibus Regiis & dotem, & omnes alios contractus insinuari oportere: idque

ideò

ideò ut omnis falsitas excludatur. Quod Jus utilissimum esset etiam in aliarum regionũ mores assumi: ubi sæpè doli & fraudes regnũ in contractibus obtinẽt.

Absolvimus ferè omnia, quæ de dotibus & donationibus propter Nuptias in Novellis continentur: nisi fortè hæc quoque addenda sunt, tanquam paralipomena sive prætermissa: 1. † *ex Novel. 109.* mulieribus hæreticis privilegia dotis denegari. Neque ergò tacitam hypothecam habent mulieres hæreticæ, neque jus prælationis. Additur tamen exceptio: nisi resipuerint. Ratio regulæ seu prohibitionis illa est, ut hac pœnâ affectæ, abijciant hæresin, & ad Ecclesiam Catholicam fidemque orthodoxam revertantur; vel si in Ecclesia & recta fide sunt, in eâdem vel pœnæ metu, si non virtutis amore, retineantur & perseverent. Eôdem etiam aliæ hæreticorum pœnæ spectant in jure nostro, (Omnis enim pœna est ad emendationem.) *de quibus in parte prima, ubi de jure sacro.* Ratio exceptionis est: quia Ecclesia nunquam claudit gremium redeuntibus. Repudiata est enim opinio Novatianorum, qui post lapsum pœnitentibus nullam veniam, nullum regressum dabant: 2. Addendum, † mulierem indotatam & inopem soluto matrimonio ex mariti locupletis bonis quartam eorum partem consequi ex Constit. Justiniani *Novel. 53. §. quoniam verò ad clementiam, & ex Novel. 117. §. quia verò legem.* Sed hoc potiùs pertinet ad locum de successionibus legitimis sive ab intestato, quàm ad materiam dotium, quam nunc tractamus: de illa autem successione explicandi tempus erit *infra parte septima.* Videatur *Authent. præterea. C. unde vir & uxor, &c.* quæ ex *dd. Novell.* decerpta est. 1 2

Porrò, † de dote & donatione propter nuptias remitto etiam Auditores ad ea quæ diligenter & copiosè tradita sunt à Dn. collega nostro Scipione Gentili, *tùm in c. 16. tùm c. 21. & seq. lib. 4 de donat. inter vir. & uxor.* ubi agit & de donatione propter nuptias, eiusq; jure ferè omni, & de dote constante matrimonio restitutâ Videatur etiam Reformatio Noribergensis *t. 21. l. 3.* ubi de tacitis hypothecis, quæ mulieri pro dote & donatione propter nuptias, & paraphernis cõpetunt in bonis mariti. & *titul. 22. l. 2.* ubi de jure prælationis. Ubi notandum est probari sententiã Bulgari, quæ antiquiores creditores expressam hypothecam habentes mulieri dotem repetenti & hypothecaria actione propterea agenti, præfert. Quam etiã tuetur Hartwigus à Dassel *in Comment. ad consuetudines & statuta Luneburgensium, artic. 22. n. 16. & seqq.* Contrariã Martini opinionẽ suprà dixi probari Mynsingero *cent. 4. obs. 13. & ad §. fuerat. Inst. de action.* Videatur quoque Reformationis Noribergensis *tit. 22. l. 3.* ubi tractatur argumentũ Novel. 91. de quo suprà egi *cap. 7.* Deniq; videantur etiã statuta Lubeccensiũ, *lib. 1. tit. 5. de dote eiusq; privilegiis*: & Liber Differentiarum Juris Civilis & Saxonici.

Porrò, † cùm moribus usitatissimum sit, ut mulieribus constituatur à maritis dotalitium & donariũ: vulgò Leibzucht/ Item Leibgeding/ (est quasi quidam ususfructus) de eo videri potest Joach à Beust. *in tract. de dotib. c. 9. 10. & 11.* Item de Morgengabâ, vulgò Morgenaticâ, post Cujac. *lib. 2. Feudor. cap. 9* explicat idem Dn. Scip. *lib. 2. de donat. inter vir. & uxor. cap. 23.* & de Jocalibus, *cap. 29.* quibus equidem quod adijciam præter album calculum nihil habeo. 13

CAPUT XI.

De Donatione principi facta non insinuanda. Ad Novel. 52. cap. 2. junctâ Authent. Item, & à privatis. C. de Donationibus.

SUMMARIA.

Donatio, sive à principe, sive principi facta, insinuationem non requirit.
2 *L. 31. C. de donat. in duobus emendata per Novel. 52. cap. 2.*
3 *Iuliani epitome. Nov. 52.*
4 *Vsus huius Novel. 52. rarissimus : præsertim in donationibus principi factis.*
5 *Plura de donationibus quæ & supra quingentos aureos valeant, remissivè.*
6 *Donationes à Rege in primis regni auspiciis factæ, sunt irritæ, si in Regia dignitatis aut Reipublicæ dispendium cedant.*

QUIA *præcedent. capit.* dictum est de Insinuatione dotis & donationis propter nuptias : opportunè mihi videor hîc posse adjungere etiam de donatione Principali, quandoquidem de hac quoque in Novellis nostris agitur.

1 Certi autem Juris est, † quod donatio Imperialis, id est, quam Imperator facit alteri cuipiam, à necessitate insinuationis excipiatur, ac libera sit. *l. 34. sancimus. in princip. versicul. exceptis. C. de donationib. l. 19. illud. C. de sacrof. Eccles. l. ultim. C. de quadr. præscript.* Ratio esse videtur : quia princeps solutus sit legibus. *l. princeps. ff. de legibus. l. 4. C. eod. cum similibus.* Hoc Jus ante Novellas receptum, produxit Imperator *in d. Novell. 52.* etiam ad illas donationes, quas privatus aliquis fecit principi. Nam has quoque voluit valere sine insinuatione, seu intimatione: dum modò publico instrumento à donatore & testibus comprobentur. Qua in re quo ad testes emendavit *l. 31. in donationibus, C. de donationibus.* ex qua lege Zenonis testes non erant
2 necessarii. Cum igitur † duobus modis imperfecta esset Constitutio Imperatoris Zenonis, quæ est *d. l. 31. C. de donationibus.* Justinianus eam ad perfectionem perduxit. Primò, dum voluit, ut donationes tàm Imperatori à privatis, quàm ab Imperatore privato cuipiam factæ etiam sine insinuatione valerent, non enim videbatur consentaneum rectæ rationi, ut privati quidem fruerentur illis, quæ ex liberalitate Imperatoris accpissent: Imperator verò, non frueretur illis, quæ accepisset à privatis, Justitia verò est æqualitas. *d. Novella 52. capit. 2. versicul. non enim consequens.* Secundò, dum voluit ut instrumento à notario confecto accederet subscriptio testium.

Adijciam

Digitized by Google

Adiiciam ad extremũ, † *d. Nov. 52* epitomen brevem Juliani, quæ ſic habet: 3
ſi quis Imperatori donare voluerit, ſufficiat ei ad perfectam donationem inſtrumentum liberalitatis nondum continens (omiſit quod addere debuit: *& ſub ſcriptum à donatore & teſtibus*) *& non cogatur hujuſmodi donationis inſtrumentum publicis monumentis intimare, quamvis 500. aureorum quantitatem donatio facta excedat. Nam nec Imperatoris donatio in privatâ perſonâ facta publicis monumentis indiget.* Hæc Julianus: quaſi dicat, non debet ergò Imp. donatarius deterioris eſſe conditionis, quàm quivis privatus. In Lugdunenſi editione eſt *ducentorum aureorũ quantitatem:* non rectè: melius edidit P. Pythæus *quingentorum*: tametſi in textu *d. Novell.* nec ducentorum, nec quingentorum aureorum quantitas exprimatur, ſed tantùm in genere dicatur, *cujuscunque quantitatis ſint donationes.* Illud quoque de hac *Nov. 52*, admoneo, † uſum eius eſſe riſſimum, præſertim quoad 4
donationes Imperatori factas à privatis. Quis enim tàm Magnificum ſeſe faciat, ut Imperatori, mundi domino donare præſumat? crebrius eſt, ut Imperator donet privatis: quæ quidem donatio cujuscunque ſummæ ſit valebit absque inſinuatione, quia contractus principum habent vim legum. Et huc fortaſſe reſpexit Imper. Zeno *in d. l. 31.* cum de uno tantum genere Imperialis donationes ſtatuit omiſſo altero, tanquam rariore argumento. *l. 3. cum tribus ſeqq. ff. de ll. & l. 3. in fin. ff. ſi pars hæredit. petat.* Plura † de donationibus, quæ & ſupra quin- 5
gentos aureos valeant, ſine inſinuatione, videri poterint *in commentario Doctoris noſtri Giphanii ad l. 25 donation. 37. & plurimis ſequentib. C. de donationibus*, ubi exceptiones tàm veras in Legibus expreſſas, quàm à Dd excogitatas, affert & examinat. *Ibidem n. 56* quæſtionem hanc quoque tractat, an poſſit renunciari inſinuationi in iis caſibus, ubi alioquin neceſſaria eſt? Et defendit negativam, ut veriorem, quia talis renũciatio fieret in fraudem legum prohibitoriarum. Eiusmodi autem pactiones & renunciationes, nullius ſunt momenti, quæ fiunt cõtra formam à jure præſcriptam. *argumento l. 38. ff. de pact.* unde etiam nemo poteſt efficere quò minùs in teſtamento ſuo locum habeant leges & forma teſtandi, quæ non privati arbitrii, ſed juris eſt publici.

Poſtremò † ad donationes principum quod attinet, operæ pretium eſt ob- 6
ſervare, quod ſcribit Johan. Parladorius Hiſpanus *lib. 2. rerum quotidianar. cap. final. part. 1. §. 7. n. 4.* irritas eſſe donationes quas facit Rex in primis ſui principatus auſpiciis ſi in ſuæ dignitatis aut Reipublicæ diſpendium cedant; quam ad rem etiam allegat Nevizan. *lib. 6. Sylv. nuptial n. 55.* Quæ ſententia etiam accommodari poteſt ad donationem Conſtantini: quæ à multis tamen fabuloſa habetur: ut dixi *ſuprà parte prima huius methodicæ expoſitionis.*

CAP. XII.

De donatione inter virum & uxorem, ad Nov. 162. c. 1.

SUMMARIA.

1 *Donatio inter coniuges, etſi regularitet prohibita, morte tamen confirmatur.*
2 *Occaſio & ſpecies Nov. 162.*
3 *Donatio morte ſil. ſtatoque mariti confirmata,*

ab initio ſtatim valet: ut non tantum exceptio detur mulieri poſſidenti, ſed etiam actio non poſſidenti.

4 *Quæ actio mulieri ad petendas res ſibi à marito donatas competat?*

5 *Exceptio mulieri poſſidenti res à marito donatas datur.*

6 *Secunda pars Novellæ 162. Maritus rem mulieri donatam oppignerando ademiſſe non videtur.*

6 *Authentica ex Nov. 162. c. 1. excerpenda, & legi 12. C. de donat. int. vir. & uxor. ſubiicienda, cur ab Irnerio omiſſa?*

8 *Tertia pars Novellæ 162. Donatio quingentos aureos excedens, nec inſinuata, tantùm quoad excedentem quantitatem irrita eſt.*

9 *Reliqua duo capita Nov. 162. κατ' ἀποδόσεις.*

---

1 DOnatio † inter virum & uxorem etſi regulariter prohibita eſt moribus (cujus juris cauſæ elegantes & plures afferuntur *in l. 1. 2. & 3. ff de donat. inter virum & uxorem*, nec non à Plutarcho *in Romaicis q. 7. & in libello politiſſimo, quo tradit præcepta connubialia*) tamen morte
2 confirmatur: quod introductum eſt oratione D. Antonini Pij. Hinc † nata eſt ex facto quæſtio, tempore Juſtiniani, de qua Imperatorem conſulit Dominicus præfectus prætorio: & hinc occaſio generalis conſtitutionis faciendæ extitit. Vir donarat uxori ſuæ res certas ſed non tradiderat: deindè poſteà deceſſerat, nullà in ſupremis ſuis factâ mentione illius donationis. Quærebatur, an mulier eas res poſt mortem mariti ab eius hæredibus ac detentoribus petere ſeu vindicare poſſit. Videbatur dicendum, denegari debere mulieri earum rerum exactionem, quia donatio non fuiſſet perfecta. Nam lex Cincia, quæ erat de donationibus & muneribus, non aliter donationem valere voluit, quàm ſi re, id eſt, traditione eſſet perfecta. Eaque erat dubitandi ratio, qua nitentes illarum rerum detentores (quos credibile eſt, fuiſſe mariti hæredes) negabant mulieri actionem ullam competere, concedentes tantum ipſi exceptionem illo caſu,
3 quo res donatas poſſediſſet. Contrarium † tamen Imperator reſcripſit, & in vim generalis conſtitutionis deinceps valere atque obſervari voluit: ut ſcilicet donatio morte mariti ſilentioque confirmata ab initio ſtatim valeat; proindeque mulieri non tantum poſſidenti detur exceptio, qua ſe tueatur contra actores: ſed etiamſi non poſſideat, actio competat contra detentorem. Motus autem fuit Imperator ad hanc deciſionem illâ ratione: quia Lex Cincia, quæ requirebat traditionem rei donatæ & ſine hac donationem non admittebat, in deſuetudinem abierit & contrà priore ſua conſtitutione effectum ſit, ut donatio nudo quoque conſenſu perficiatur, adeò ut donatori incumbat neceſſitas tradendi rem donatam donatario eam petenti non minùs, quàm venditor cogitur rem venditam trâdere emptori. *l. 35. ſi quis argentum, §. ult. C. de donat. & §. aliæ in verbis, & ad exemplum venditionis, &c. Inſtit. eod. t.*

4 Sed quanam † actione mulier petere poterit donata ſibi à marito? utitur quidem textus *in fin. prænd. Nov. 162. c. 1.* verbo *vindicandi*: ex quo poſſet fortaſſe alicui videri, quaſi mulieri competeret rei vindicatio. Sed hoc falſiſſimum eſt: quia hæc actio nemini datur, niſi qui Dominus ſit rei, quam petit. §. *omnium, Inſt. de actionibus. & l. 23. in rem. ff. de rei vind.* Atqui mulier, cui donatum eſt quidem, ſed nondum traditum, non eſt domina: quia ſine traditione dominium non
transfertur.

Digitized by Google

transfertur (nisi forte legis authoritate, quod aliud est) *§ per traditionem. Inst. de rerum d. vis. & l. 20. traditionibus. C. d. pact. l. 3. ff. de Obl. & Act.* Quare *vindicationem* in hac Novella generaliter, pro quavis exactione, etiam quæ in personam, non in rem directa est, accipimus. Quænam igitur ei actio dabitur? Et ita distinguendum: aut stipulatio intervenit, qua scilicet uxor à marito sibi eas res dari stipulata sit, maritus stipulanti promiserit: aut nulla intervenit stipulatio. Priore casu mulier habebit actionem ex stipulatu: posteriore condictionem ex lege, sive ut hic dicitur condictitiam, id est, ex nova illa constitutione Justiniani *in d. l. si quis argentum 25. C. de donat.* fac. *l. nu. ff. de condict. ex lege.* Sed hic notandum est ex stipulatu mulierem tantùm agere posse adversus maritum, vel eius hæredem, non verò adversus alium rerum donatarum possessorem, quo cum nihil contraxit mulier. Est enim impossibile, ut actio ex contractu & obligatione alium teneat, quàm eum qui contraxit, eiúsve hæredem.

Illud autem confirmat Imperator, † quod mulieri etiam adversarii concedebant, videlicet possidenti res à marito sibi traditas, titulo donationis, accommodari exceptionem: quò facit regula juris; cui damus actionem, eidem & exceptionem quoque competere multò justius quis dixerit. Atque hæc prima est pars dicti capitis primi, *in Nov. 162.* †

Sequitur altera. † Quid autem si maritus rem quam uxori donaverat postea vel pignori opposuerit, vel hypothecæ supposuerit: (ita enim loquuntur Jurisconsulti) videbiturne mutasse voluntatem, & donata revocare voluisse quasi per pœnitentiam? Et certè sic dicendum videbatur maritum pœnituisse prioris donationis, eamque revocatam voluisse. *l. 32. cum hic status §. 5. si maritus. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 12. si maritus. C. eod. tit.* Sed hoc jus Digestorum, & Codicis, ut loquimur, correxit Justinianus, *in d. Nov. 162. c. 1. in verbis: ita ut quãvis postea vir in hypothecam dederit rem, vel in pignus tradiderit, &c.* Quæ † cum ita sint debuit Irnerius etiam ex hac Novel. Authenticam aliquam decerpere, & *ad d. l. 12. C. de donat. inter vir. & uxor.* accommodare: quod ab ipso ut alibi quoque prætermissum, nos suppleamus ex consilio Wesembecii aliàs à me laudato, *supràin prolegom.* Excusari tamen Irnerius poterit de hoc paralipomeno, quia hæc Novella in veteri translatione Latina (quam ille secutus est) non extabat: sicut neque Julianus eam in sua Epitome habet. Ratio hujus novissimi juris est: quia hoc ipsum consequens erat priori constitutioni *in d. l. 35. si quis argentum. §. ult. C. de donat.* quæ donationem solo consensu perfici voluit, etiam absq; traditione. Huic simile est quod etiam testator, si prædia quæ semel legaverat, posteà pignori dederit, per hoc non videtur legatum ademisse: ideoque potest legatarius cum hærede agere, ut is prædia à creditore luat, seu liberet ab onere pignoris, *§. si rem suam: verf. Iidem rescripserunt. Inst. de legat.* Quæ enim nudo consensu constant, ea non videntur adimi obligatione pignoris vel hypothecæ, ut ait Cujacius *ad hanc Novellam nostram pag. 413.* †

Tertia † pars eiusdem capitis primi agit de insinuatione donationum à marito in uxorem factarum. Summa & distinctio hæc est: aut insinuata est donatio mariti, collata in conjugem: aut non insinuata. Et hæc, aut non excedit 500. aureos, †

reos, aut excedit eam quantitatem. Primò caſu, res expeditiſſima eſt: nam hæc donatio, quæ actis inſinuata eſt, quantacunque fuerit, proculdubio valet propter autoritatem & robur publicorum monumentorum. Secundò quoque caſu, res plena eſt: nam ſi infra ſoo. aureos conſiſtat donatio, hæc quoque valet omnimodò. Tertio verò caſu, ſi donatio non inſinuata excedat ſummam quingentorum aureorum, partim eſt utilis & valida, partim inutilis atque irrita: valet enim quoad ſummam legitimam & congruam, videlicet usque ad quingentos aureos: non valet autem quoad ſummam excedentem, ſive quoad ſuperfluum, *d.c.1.§. Et illud etiam. Nov.162.* Ratio, cur ſaltem quoad ſoo. aureos valeat donatio etiam non inſinuata, hæc eſt: quia utile per inutile non debet vitiari. Nempe quando utile ab inutili diſcerni poteſt: ſed quando hæc duo individua ſunt, & ſeparari non poſſunt, ſecus eſt. Non eſt igitur perpetuum hoc Brocardicum: ut admonuit etiam Giphan. *ad l.1.ff.de v.o. cap. utile. de Reg. jur in 6. & l.1.§. 5. ſed ſi mihi Pamphilum, & ibi Dd. inprimis Duarenus & Giphanius, item Donellus. ff. de Verb. Oblig.* Nihil ergò aliud Imperator hac in parte agit, quàm quod repetit & confirmat priorem ſuam conſtitutionem *l.34. ſancimus. verſ. ſi quid autem ſupra legitimam definitionem, &c.* (id eſt, quantitatem) *C. de donation.*

Reliqua † duo capita *d. Nov.162.* pertinent ad jus aſſcriptitiorum, & qui ex his nati fuerint: de quo ſuprà *parte præcedenti* admonui; nobis hodiè non eſſe laborandum magnopere, quia aſſcriptitiis hominibus non utimur.

CAP. XIII.

De immenſis donationibus parentum collatis in liberos. Ad Nov.92. & Auth. unde etſi parens. C. de inoffic. teſtamento.

SUMMARIA.

1 *Inſcriptio Novellæ 92. ſec. Iulianum.*
2 *Authent. Vnde & ſi parens. C. de inoff. teſtam. rectiùs ſub tit. C. de inoffic. donat. collocata fuiſſet.*
3 *Summa Novellæ 162 ſec. Bartolum, Iohannem, Iulianum, Rittershuſium.*
4 *Falcidia triplex ſignificatio.*
5 *Legitima quantitas.*
6 *Patri licet dona ſua inequaliter inter liberos diſtribuere dummodò nulli grato, legitimam minuat.*
7 *Liberi immodicis donationibus honorati non coguntur ſuſcipere hæreditatem paternam.*
8 *Liberi donationem inofficioſam, ſe vivis factam, reſcindere poſſunt, pro modo legitimæ ſuæ obtinendæ.*
9 *Differentia inter liberos poſt donationem ſuſceptos & liberos tempore donationis in vivis conſtitutos ad l.8. C. de revoc. donat.*
10 *Revocatio donationis ob ſupervenientiam liberorum an fiat ipſo jure, an vero per actionem?*
11 *Diſcrimen inter liberos & extraneos heredes, quoad detractionem Falcidiæ ex donationibus a teſtatore factis.*
12 *Liberis ingratis non competit querela inofficioſæ donationis.*
13 *Ingratitudo variis in juris partibus punita.*
14 *Quæſtiones variæ de inofficioſis donationibus, & legitimâ: remiſſivè.*

1 INſignis eſt in jure civili locus *de inofficioſis donationibus*, Item *de revocandis donationibus* in Codice: ad quem locum hæc quoque *Novella 92.* pertinet: † quæ in Epitome Juliani editionis Pet. Pithæi ſic inſcribitur:

ſcribitur: *de immodicis & inofficioſis donationibus*: & rectè Undè † ſimul in- 2
telligimus, rectius fortaſſe *Auth. unde etſi parens*: collocari potuiſſe ſub *tit. C. de inoffic. donation.* quam ſub *tit. de inoffic. teſtam.* Quanquam enim querela inofficioſæ donationis ad exemplum querelæ inofficioſi teſtamenti introducta eſt, per reſcriptum Imperatoris Alexandri: ut eſt in *l. 87. Titia Seio. §. Imp. ff. de leg. 2.* tamen ſimile non eſt idem: & differunt multum inofficioſa donatio, & teſtamentum inofficioſum: quamvis per hæc utraque lædatur officium pietatis, unde & nomen acceperunt.

Summa † autem hujus Novellæ ſecundum Bartolum hæc eſt: *ſi parens in* 3
aliquem vel aliquos ex filiis immenſam fecerit donationem: filiis legitima portio de neceſſitate debetur: hoc obtinente in filiis gratis: ingrati verò penitus excluduntur. Vel ſecundum Johannem ita ſummari poteſt: *pater quamvis quosdam filiorum plus amet, tamen donando alicui filiorum, vel extraneo, non poteſt fraudare filium, quò minùs habeat trientem, vel ſemiſſem ſuæ partis, quam habiturus erat ab inteſtato.* Vel denique ſecundum Julianum hæc ſit ſumma: *ſi pater filios habuerit duos, vel plures; & uni ex his,* (vel etiam pluribus) *donare ſuas res voluerit: non liceat ei ultra beſſem ſubſtantiæ ſuæ donare, vel ultra dimidiam ſecundum numerum liberorum, ut & cæteri liberi modis omnibus legitimam portionem, id eſt, Falcidiam, accipiant, quam haberẽt ſi tertiam partem, vel dimidiam acciperent eo tempore antequam donatio facta ſit: ſcilicet niſi ingrati fuerint. Nam ſi probatæ ſint ingratitudinis cauſæ, legibus priſtinis ſubiiciantur.* Hactenus Julianus. Omnium verò breviſſimè ad hunc modum concipi poteſt Novellæ noſtræ argumentum & hypotheſis: *Pater uni, vel pluribus liberorum donando, non poteſt alium vel alios defraudare ſua legitima, quæ aliàs eſt triens, aliàs ſemis pro numero ſcilicet liberorum.*

Sed ut tantò pleniùs intelligatur, ſciendum eſt ante omnia, † Juſtinianum 4
initio hujus Novellæ nominare *Falcidiam*, quæ aliàs uſitatiùs dicitur *legitima*, & pleniùs *legitima portio*. Item *debitum bonorum ſubſidium l. 5. c. de donat. inoff.* videatur Cujacius *ad pr. Novell. 18.* & Falcidiæ nomen quam variè in jure noſtro uſurpetur, Bartolus quoque annotat *ad h. Nov. n. 1.* Sunt autem ferè tres iſtæ ſignificationes, quarum prima eſt propria, altera impropria, tertia impropriiſſima, ut loquitur Bartolus. Nam primò & propriè Falcidia eſt illa portio, quam detrahit hæres de legatis ſupra dodrantem relictis, ſi hæreditas per teſtatorem nimis ſit gravata & exhauſta legatis: de qua ſignificatione agitur *tit. Inſtit. de L. Falcid. & ff. & C. eod. tit.* Secundò Falcidia etiam dicitur Trebellianica, hoc eſt, ea portio, quam ex Senatusconſulto Trebelliano retinet, vel detrahit hæres fideicommiſſo gravatus, ſive rogatus alteri reſtituere vel hæreditatem, vel res ſingulas *l. 10. quanquam. & l. ſeq C. ad L. Falcid.* Idque ideò, quia ad exemplum L. Falcidiæ Senatus hoc jus introduxit. *§ ſed quia hæredes, Inſtit. de fidei com. hæredit.* Tertiò, Falcidia appellatur, quandoque legitima quæ debetur jure naturæ: ut *hic in pr & Auth. unde etſi parens. C. de inoff. teſtamento.*

Secundo loco notandum eſt † de legitimæ quantitate, eam olim fuiſſe quar- 5
tam partem bonorum indiſtinctè, quotcunque eſſent liberi ſive plures, ſive pauciores: unde fiebat, ut ſi quadrans ille inter multos divideretur, portiones

etiam inæstimatus, est in bonis mariti constante matrimonio, cui & rei vindicatio pro ea competit. *l 9.doce.C.rei vind.& ibi Dd.* tamen est & manet mulieris: ad quam etiam soluto matrimonio redit. *l.75. quamvis. ff. de jur. dot. & l 30. in rebus.C.eod tit.l.21.Lucius.§.idem respondit.ff.ad municip. & t.t.ff.& C solut.matrim.* quod latiùs explicatur à Giphanio, *in comment.Cod. ad l.in rebus.* vide & Cuiacium *lib 10.obs.32.* qui etiam distinguit. ut maritus quidem sit dominus jure civili mulier autem jure gentium: quæ etiam videtur fuisse mens Justiniani *in d.l.in rebus.C.de jur. dot.* Potest itaque mulier vel rei vindicatione uti, ad repetendam dotem, quasi scilicet eius domina. Nam domino hæc actio competit, ut est notissimum *ex l.in rem actio. 23.ff.de rei vind.* vel hypothecariâ actione, sive quasi Servianâ; ratione scilicet tacitæ hypothecæ, quam lex ipsi tribuit pro conservatione dotis. *§. fuerat. Instit. de action.& d.l.unic. §.1.C.de rei vind.*

7 Quia † verò diversa causa est prædiorum donationis propter nuptias, quæ non statim dantur mulieri, sicut dos datur viro à muliere, vel alio pro eâ; sed tantùm in causam donationis assignantur ei & conscribuntur dotalibus instrumentis: hinc quæsitum fuit, an maritus hæc saltem prædia donationis propter nuptias constante matrimonio possit alienare, vel obligare. De quo constituit Imp *in d. Novel. 61.* ut idem sit juris in talibus prædiis, quod in dotalibus: hoc est, ut illa quoque nec alienare, nec obligare possit maritus. Ratio est: quia si permitteretur marito vel alienatio vel obligatio illorum prædiorum: facilè fieri posset, ut uxori interverteretur lucrum nuptiale, quod vi pacti, vel statuti speratur ex donatione propter nuptias in casum mortis vel di-
8 vortii: & ita liberi quoque communes defraudarentur: quibus ferè solent parentes reservare lucra nuptialia. Nec obstat, † si quis dicat alienationem aut obligationem prædiorum donatorum propter nuptias posse rescindi ac revocari per mulierem utili vindicatione. Respondetur enim longè consultius esse, ut statuamus ipso jure nullam esse alienationem, vel hypothecæ obligationem, quàm ut mulieri rescissoriam aliquam actionem demus. Multa enim intervenire possunt, quæ actionem faciant inanem, aut certè difficilem: puta si fortè alienatio facta sit in aliquem potentiorem, qui ad conveniendum sit difficilis. Alibi quoque ex jure semper est præstabilius intacta cuiusque jura servare, quàm post causam vulneratam remedia quærere. *l. ult. C. in quib. causis in integr.restit. necessar. non est.* & melius est prævenire, quàm præveniri. *arg. l.4.*
9 *C.ad L.Cornel. de sicar.& ibi gl.* Est igitur † ipso jure nulla talis alienatio & obligatio: adeò, ut quicquid contra hanc prohibitionem factum, vel scriptum fuerit, hoc pro infecto sit, & pro non scripto habeatur. *d. Novel. 61. & ibi Iulianus in Epit.* Nulla, inquam, est, quoad mulierem. Huius enim juri per eam nihil præjudicari potuit. Interim tamen, quoad ipsum maritum (alienantem vel obligantem) & illum, qui cum eo contraxit, non est planè nulla, quin potius rata est conventio, & alterum alteri obligat. Et hoc est quod ait Julianus *ad d. Novel. emptores autem & creditores, quibus res alienatæ, vel obligatæ sunt, nullam injuriam patiantur. Nam quod ad mulieres pertinet, actionibus careant suis:* (intellige emptores vel creditores, quod idcirco admoneo, ne quis fortè accipiat.

Digitized by Google

piat iſta de mulieribus, quod eſſet falliſſimum.) *& tamen aliæ mariti facultates, & ipſe maritus neceſſariò eis* (id eſt, emptoribus & creditoribus) *permanet obligatus.* Hactenus Julianus. Quod exlicat Bart. *ad d. Novel. 61. §. & multo. n. 6. & 8.* nempe maritum qui vendiderit rem dotalem alienari prohibitam, teneri de evictione, (idem eſt etiam in re donatâ propter nuptias.) Superioribus ſimile eſt. 1. quòd rei alienæ hypotheca, quamvis quoad dominum rei ſit nulla, valet tamen quoad ipſos contrahentes, & inter ipſos producit actionem pignoraticiam, *l. 9. ſirem alienam. §. pen. & l. 22. ſi pignore. §. 2 ſi prædo. ff. de pign. act. l. 18. ſi ab eo. ff. de pign. & hypothec. 2.* quòd etiam venditio rei alienæ, etiam ſi domino rei nihil præjudicet, nec dominium ei auferat, tamen inter venditorem & emptorem efficax eſt ad producendam obligationem. *t. 1. ff. de act. empt. & t. de evict.* Videatur & Cujac. *ad h. Novel. noſtram.*

Sed quod dictum eſt, conſenſum quoque mulieris in alienationem vel obligationem mariti, nihil operari, neque mulieri præjudicare: † id hanc recipit limitationem ſive exceptionem: niſi mulier poſt biennium priorem conſenſum novo inſtrumento confirmârit: tunc enim valet alienatio, vel obligatio talis prædii: idque exemplo eius, quod antea conſtituerat Juſtinianus circa Senatuſconſultum Vellejanum de interceſſionibus mulierum, *in l. 22. ſi mulier. C. ad SC. Vell.* quam legem & Imperator *in h. Nov.* ſubindicat, & Julianus in eandem nos remittit. Videatur & Bartolus *h. in pr. n. 1 & 6.* Ratio exceptionis eſt: quia ex hac perſeverantia & geminatione conſenſus, apparet; non leuitatem aliquam, ſed certum ac deliberatum animi judicium fuiſſe in muliere, vel intercedente pro alio, vel conſentiente in mariti alienationem vel obligationem rerum dotalium, vel propter nuptias donatarum. Nec tamen per omnia hîc ſequimur *d. l. 22.* ſed ita demùm, ſi mulieri de donatione propter nuptias ex aliis mariti facultatibus ſatisfieri poſſit, ſive ut Cujac. loquitur, ſi caſus donationis propter nuptias ex aliis bonis mariti refici poſſit; alioqui nec ſecundus nec tertius conſenſus lædere mulierem poterit, ut ait Julianus *in Epitome.* Et ben è notandum, quòd iſte conſenſus in alienationem vel obligationem mariti ab uxore præbitus, non ſit habendus pro aliqua interceſſione. Nam ſi eſſet interceſſio pro marito, non valeret neque confirmaretur, ne quidem ſi poſt biennium denuò interpoſitus fuiſſet, *Novel. 134. c. 8. & Authen. ſi quæ mulier. C. ad SC. Vell.* In eo enim notabiliter differt interceſſio mulieris pro ſuo marito, ab illa quam fecit pro extraneo; nam hæc iteratione conſenſus poſt biennium confirmatur: quod & Cujac. admonet *h. p. 251.* Hæc, quæ diximus, de donatione propter nuptias in rebus immobilibus conſiſtente per maritum non alienandâ; eadem omnia obtinent etiam in dotibus, quæ conſiſtunt in rebus immobilibus inæſtimatis, vel æſtimatis quidem, ſed hac adjecta lege: ut mulieris eſſet electio, utrum res dotales, an pretia earum repetere mallet. Erronea igitur eſt diſtinctio Johannis, quaſi hîc eſſet differentia inter dotem & donationem propter nuptias: ut ſcilicet prædii dotalis quidem alienatio vel obligatio planè non valeat, quamvis conſenſum ſuum mulier ſæpius iteraverit: donationis verò propter nuptias alienatio, vel hypotheca valeat conſenſu mulieris poſt bien-

10

biennium iterato: quæ commentitia distinctio satis refellitur, & ipso contextu Novellæ & per Epitomen Juliani, & per Cujac. *ad d. Novel. 61.*

11 Adjungit autem † Imperator, *ad finem d. Novel.* se privilegia dotium sive prærogativas, ut vocat Julianus, integras conservare mulieribus, si ipsæ agant mulieres, (adde vel ipsarum liberi) non etiam extraneis hæredibus: nam in extraneum hæredem non transit privilegium dotis, ut præferatur omnibus creditoribus mariti *l. unic. C. de privil. dot.* Sed hac de re suprà quoque dixi *alio capit.*

12 Quæritur, † quid Juris sit de aliis mariti bonis (extra donationem propter nuptias) an illa quoque prohibita sint alienari? Sed hoc negandum est: Etsi enim mulier in illis habet tacitam hypothecam & dotis nomine & donationis propter nuptias: tamen non propterea denegatur marito facultas ea alienandi, vel aliis obligandi. Imò valet alienatio & obligatio aliorum bonorum à marito facta, adeò; ut nec possit mulier illa revocare, postquam semel remisit hypothecam suam, id quod potest facere. *l. 11. etiam. & l. 21. C. ad SC. Vell. l. quamvis. in pr. ff. eod. 4. l. un. § ultim. C. de rei uxor. act.* Remissio enim pignoris vel hypothecæ non est habenda pro donatione, non etiam pro intercessione: quæ duo mulieribus interdicta sunt. *t. t. ff. & C. de donat. inter virum & uxorem. & t. t. ad SC. Vell.*

13 De aliis † quæstionibus ad hanc Novellam videatur Bartolus, v. g. an venditio rei dotalis facta à muliere valeat, si vel jurata sit, vel maritus in eam consenserit? Item si mulier primò juraverit, se nolle alienare, nisi justa causa interveniente, & posteà sine causa alienaverit, interposito alio novo jurejurando, priusnè an posterius juramentum potentius habendum & servandum sit? de quo concludit standum esse potius priori juramento. Notabilis etiam est eiusdem Bartoli distinctio, *n. 3. & 4. in §. Et multò, &c.* hæc Novella nostra, de alienatione rei dotalis, quatenus sit prohibita vel permissa. Quod autem *in eiusdem Novellæ principio. n. 9.* ait ex gl. in mulierem transire utile dominium donationis propter nuptias ipso jure, sine facto hominis: hoc est, sine traditione: eâ de re quid sentiendum videatur, jam suprà alio capite exposui.

CAP. X.

De Insinuatione Dotis vel donationis propter nuptias. Ad Novel. 119. & ad Novel. 127. junctâ Authent. Eò decursum. C. de de donat. ante nuptias.

SUMMARIA.

1 *Donatio excedens quingentos aureos, insinuationem requirit.*
2 *Quod Leo Nov. 50. abrogavit, frustrà.*
3 *Dos & donatio non requirunt insinuationem, ad sui firmitatem.*
4 *Dos nunquam opus habuit insinuatione: quia contractus est, non donatio simplex.*
5 *De donationis propter nuptias insinuatione ius triplex.*
6 *Juliani epitome Nov. 127.*
7 *Postremo iure utendum.*
8 *Nihil interest, à quo, & in cuius persona conscrip-*

ſcripta ſit donatio.

9 *In Gallia & dos & omnes alii contractus inſinuandi.*

10 *Dotis privilegia denegantur hæreticis, niſi reſipuerint.*

11 *Mulier indotata & inops, ſoluto matrimonio ex mariti locupletis bonis quartam partem conſequitur.*

12 *De dote & donatione propter nuptias, tractatus, conſuetudines, & ſtatuta quædam indicata.*

13 *De dotalitio, Morgengaba, & localibus, remiſſivè.*

NOtum † eſt *ex Inſtit. §. aliæ autem donationes, verſ. & cum retrò princi-* 1
pum, & c. tit. de donation. & ex l. pen. § ult. C. eod. tit. donationes quæ excedunt quingentos ſolidos ſive aureos, debere inſinuari actis, ſive geſtis monumentorum publicorum: ſi non fuerint inſinuatæ, non valere ultra ſummam quingentorum. Olim erant tantùm ducenti: deindè trecenti ſine inſinuatione, ad donandum permiſſi. *l. 34. ſanctimus. C. de donation.* & notat Giphan. *ad l. 25. eod. tit.* Ratio eſt, ut nimis effuſæ donationes, quibus homines facilè ad egeſtatem perduci poſſent, refrenentur & coërceantur per illã inſinuandi neceſſitatem: præterea ut etiam fraudibus occurratur: ſicut & has ipſas, & plures cauſas ex Dd. adnotavit Johan. Schneidewein *ad d. §. aliæ. Inſtit. de donat.* Quod † tamen Jus Leo Imperator *in N. 50.* ſuperfluam vocans ſub- 2
tilitatem ita innovavit, ut donatio in ſcripturam redacta, quamvis ſummam quingentis ſolidis majorem contineat, tamen valeat etiam abſque inſinuatione: donatio non ſcripta valeat uſque ad quingentos aureos, dummodo tribus teſtibus confirmetur: ut ita illam duntaxat donationem Leo reliquerit, ſubjectam inſinuationis neceſſitati, quæ neque in ſcriptis facta eſt, neque tribus teſtibus adhibitis, & ultra quingentos aureos aſſurgit. Sed hujus Imperatoris Novellis in foro non utimur.

Quare, ut eo omiſſo ad Juſtiniani legislationem revertamur, quæritur, † quid 3
juris ſit de dote, & donatione propter nuptias, an illæ quoque inſinuationem requirant ad ſui firmitatem. Videbatur dicendum quod ſic: per argumentum à genere ad ſpeciem: quia & dos & donatio propter nuptias ſunt ſpecies donationis, quod igitur convenit univerſo generi, idem etiã neceſſe eſt omnib. ejus ſpecieb. convenire. Dotem autem eſſe donationem quandam manifeſtum eſt, vel *ex l. ult. verſ. Ideo enim & antiqui, & c. C. de donation. ante nupt.* De contradote ſive antipherna, idem indicat ipſum vocabulum: ſi enim non eſſet hæc quoque ſpecies donationis, quare *donatio propter nuptias* diceretur? vel quare *ſponſalitia largitas*? (hæc enim duo idem valent: quod notandum eſt contra quoſdam, qui contrarium ſentiunt: ut Johan. Faber quoque rectè annotat *in Breviar. C. ad d. Auth. eò decurſum. t. de donat. ante nupt.*) Sed tamen diſtinctè de his notandum eſt: & 1. quidem † de dote hoc tenendum, quod dos nunquam 4
indiguerit inſinuatione *l. ult. C. de jur. dot.* Etſi enim dos connumeratur donationibus, ut ſuprà dictum: tamen non eſt donatio ſimplex, ſed potiùs contractus: unde & ab Ulpiano dotis datio inter contractus recenſetur, *in l. 23. de Reg. Jur.* datur enim dos ob cauſam, ſive ob negotium, nempe propter nuptias, & ut maritus ex fructibus dotis ferat onera matrimonii. *l. 20. pro oneribus. C. de jur. dot.*

cum similibus. & ibid. in gloss. unde sine nuptiis dos nulla intelligitur, *l. ultim. in princ. versicul. sicut enim. C. de donationib. ante nuptias & l. 3. ff. de jure dotium. l.* 11. *C. de repud. cum aliis.* Jam verò contractibus nunquam fuit imposita lex sive necessitas insinuandi, sed valent illi contractus etiam absque insinuatione; quod receptum est, ut tantò major esset libertas commerciorum, quæ per insinuationem, cuius non semper copia haberi potest, non parùm impediretur,
5 cum detrimento Reipublicæ. 2. Quod † ad donationem propter nuptias attinet, triplex circa illam Jus observandum est, ut etiam Bartolus admonet *in Authent. ut sponsalitia largitas specialis sit contractus. in princ. num. 1.* Nam olim indistinctè erat insinuanda hæc donatio, excepta tantùm matrefamiliâs minore 25. annis, si in eam collata esset. *l. 17. minoribus. C. de donationibus ante nuptias. l. penult. §. aliâs verò. C. de donationibus. l. ultim. §. simili quoque. C. de jure dotium.* Et hoc est primum Jus. Alterum est *ex Novel. 119.* ut donatio propter nuptias, quantacunque sit, non egeat insinuatione, nec ex parte viri, nec ex parte mulieris; sed valeat etiam non insinuata. Huic simile est, quod etiam donationes causa mortis non indigent insinuatione actorum. *l. ultim. C. de donation. causa mortis.* Tertium Jus est *ex Novel. 127.* ut donatio propter nuptias ad sui validitatem requirat insinuationem, non ex parte mulieris, sed tantùm ex parte mariti, quatenus scilicet is lucrum sperat, vel captat ex dote: eius enim lucri non aliter compos fiet, quàm si donationem insinuari curaverit. Mulieri autem omissio insinuationis nihil nocet, quò minus scilicet ipsa
6 donationem propter nuptias lucretur. Quæ † omnia ut tantò fiant dilucidiora, operæ pretium fuerit, elegantem locum ex Epitome Juliani ascribere, *Sin autem non insinuatur: sit quidem ex parte mulieris propter nuptias donatio,* (scilicet quæ excedit quantitatem quingentorum solidorum) *valida: ex parte autem mariti irrita.* (Vulgò dicitur, *contractus non debere claudicare.* sed hoc Brocardicum est falsum, ut hîc habemus exemplum, ubi ex parte est valida donatio, ex parte irrita.) *& ideò matrimonio soluto, mulieri quidem ante nuptias donatio sive ex toto, sive ex parte, secundum quod casus tulerit, sine ullo obstaculo competat: marito autem dotis retentio, sive ex parte, sive in totum secundum eventus qualitatem nullo modo concedatur.* Addit etiam rationem: *quia in potestate eius mariti fuerat, propter nuptias donationem ultra quingentos solidos constitutam actis insinuare. Et ideò periculum non intimatæ* (id est, insinuatæ) *propter nuptias donationis ad ipsum, non ad mulierem respiciat.* Hactenus Julianus, quo nemo meliùs
7 istud Jus interpretari poterit. Atque † hoc jure solo uti debemus, tanquam postremo, *arg. l. ult. ff. de constit. princ.* ubi Modestinus: *posteriores*, inquit, *constitutiones firmiores sunt prioribus, quæ antecesserunt.*

8 Nihil autem † interest, quis donationem propter nuptias conscripserit, ipse nè maritus, an alius pro eo: item, an in personam mariti, an in personã mulieris conscripta fuerit ista donatio *d. N. 119. & ibi etiam Iulianus in Epitome*: quæ pars eius Novellæ manet, neque corrigitur per *Novellam* 127. posteriorem.

9 Notandum obiter † *ex Cujacio ad d. Novel. 119 p. 354.* in Gallia ex Constitutionibus Regiis & dotem, & omnes alios contractus insinuari oportere: idque

ideò

ideò ut omnis falsitas excludatur. Quod Jus utilissimum esset etiam in aliarum regionũ mores assumi: ubi sæpè doli & fraudes regnũ in contractibus obtinét.

Absolvimus ferè omnia, quæ de dotibus & donationibus propter Nuptias in Novellis continentur: nisi fortè hæc quoque addenda sunt, tanquam paralipomena sive prætermissa: 1. † *ex Novel. 109.* mulieribus hæreticis privilegia dotis denegari. Neque ergò tacitam hypothecam habent mulieres hæreticæ, neque jus prælationis. Additur tamen exceptio: nisi resipuerint. Ratio regulæ seu prohibitionis illa est, ut hac pœnâ affectæ, abijciant hæresin, & ad Ecclesiam Catholicam fidemque orthodoxam revertantur; vel si in Ecclesia & recta fide sunt, in eâdem vel pœnæ metu, si non virtutis amore, retineantur & perseverent. Eôdem etiam aliæ hæreticorum pœnæ spectant in jure nostro, (Omnis enim pœna est ad emendationem.) *de quibus in parte prima, ubi de jure sacro.* Ratio exceptionis est: quia Ecclesia nunquam claudit gremium redeuntibus. Repudiata est enim opinio Novatianorum, qui post lapsum pœnitentibus nullam veniam, nullum regressum dabant: 2. Addendum, † mulierem indotatam & inopem soluto matrimonio ex mariti locupletis bonis quartam eorum partem consequi ex Constit. Justiniani *Novel. 53. §. quoniam verò ad clementiam, & ex Novel. 117. §. quia verò legem.* Sed hoc potiùs pertinet ad locum de successionibus legitimis sive ab intestato, quàm ad materiam dotium, quam nunc tractamus: de illa autem successione explicandi tempus erit *infra parte septima.* Videatur *Authent. præterea. C. unde vir & uxor, &c.* quæ ex *dd. Novell.* decerpta est. 1 0 11

Porrò, † de dote & donatione propter nuptias remitto etiam Auditores ad ea quæ diligenter & copiosè tradita sunt à Dn. collega nostro Scipione Gentili, *tùm in c. 16. tùm c. 21. & seq. lib. 4 de donat. inter vir. & uxor.* ubi agit & de donatione propter nuptias, eiusq; jure ferè omni, & de dote constante matrimonio restitutâ Videatur etiam Reformatio Noribergensis *t. 21. l. 3.* ubi de tacitis hypothecis, quæ mulieri pro dote & donatione propter nuptias, & paraphernis cõpetunt in bonis mariti & *titul. 22. l. 2.* ubi de jure prælationis. Ubi notandum est probari sententiã Bulgari, quæ antiquiores creditores expressam hypothecam habentes mulieri dotem repetenti & hypothecaria actione propterea agenti, præfert. Quam etiã tuetur Hartwigus à Dassel *in Comment. ad consuetudines & statuta Luneburgensium, artic. 22. n. 16. & seqq.* Contrariã Martini opinionẽ suprà dixi probari Mynsingero *cent. 4. obs. 13. & ad §. fuerat. Inst. de action.* Videatur quoque Reformationis Noribergensis *tit. 22. l. 3.* ubi tractatur argumentũ Novel. 91. de quo suprà egi *cap. 7.* Deniq; videantur etiã statuta Lubeccensiũ, *lib. 1. tit. 5. de dote eiusq; privilegiis*: & Liber Differentiarum Juris Civilis & Saxonici. 12

Porrò, † cùm moribus usitatissimum sit, ut mulieribus constituatur à maritis dotalitium & donariũ: vulgò Leibzucht/ Item Leibgeding/ (est quasi quidam ususfructus) de eo videri potest Joach à Beust. *in tract. de dotib. c. 9. 10. & 11.* Item de Morgengabâ, vulgò Morgenaticâ, post Cujac. *lib. 2. Feudor. cap. 9* explicat idem Dn. Scip. *lib. 2. de donat. inter vir. & uxor. cap. 23.* & de Jocalibus, *cap. 29.* quibus equidem quod adijciam præter album calculum nihil habeo. 13

Digitized by Google

CAPUT XI.

De Donatione principi facta non insinuanda. Ad Novel. 52. cap. 2. junctâ Authent. Item, & à privatis. C. de Donationibus.

SUMMARIA.

Donatio, sive à principe, sive principi facta, insinuationem non requirit.
2 *L. 31. C. de donat. in duobus emendata per Novel. 52. cap. 2.*
3 *Iuliani epitome. Nov. 52.*
4 *Usus huius Novel. 52. rarissimus : præsertim in donationibus principi factis.*
5 *Plura de donationibus quæ & supra quingentos aureos valeant, remissivè.*
6 *Donationes à Rege in primis regni auspiciis factæ, sunt irritæ, si in Regiæ dignitatis aut Reipublicæ dispendium cedant.*

QUIA *præcedent. capit.* dictum est de Insinuatione dotis & donationis propter nuptias : opportunè mihi videor hîc posse adjungere etiam de donatione Principali, quandoquidem de hac quoque in Novellis nostris agitur.

1 Certi autem Juris est, † quod donatio Imperialis, id est, quam Imperator facit alteri cuipiam, à necessitate insinuationis excipiatur, ac libera sit. *l. 34. sancimus. in princip. versicul. exceptis. C. de donationib. l. 19. illud. C. de sacros. Eccles. l. ultim. C. de quadr. præscript.* Ratio esse videtur : quia princeps solutus sit legibus. *l. princeps. ff. de legibus. l. 4. C. eod. cum similibus.* Hoc Jus ante Novellas receptum, produxit Imperator *in d. Novell. 52.* etiam ad illas donationes, quas privatus aliquis fecit principi. Nam has quoque voluit valere sine insinuatione, seu intimatione: dum modò publico instrumento à donatore & testibus comprobentur. Qua in re quo ad testes emendavit *l. 31. in donationibus. C. de donationibus.* ex qua lege Zenonis testes non erant
2 necessarii. Cum igitur † duobus modis imperfecta esset Constitutio Imperatoris Zenonis, quæ est *d. l. 31. C. de donationibus.* Justinianus eam ad perfectionem perduxit. Primò, dum voluit, ut donationes tàm Imperatori à privatis, quàm ab Imperatore privato cuipiam factæ etiam sine insinuatione valerent, non enim videbatur consentaneum rectæ rationi, ut privati quidem fruerentur illis, quæ ex liberalitate Imperatoris accepissent: Imperator verò, non frueretur illis, quæ accepisset à privatis, Justitia verò est æqualitas. *d. Novella 52. capit. 2. versicul. non enim consequens.* Secundò, dum voluit ut instrumento à notario confecto accederet subscriptio testium.

Adijciam

Digitized by Google

Adiiciam ad extremũ, † *d. Nov. 52* epitomen brevem Juliani, quæ sic habet: 3
si quis Imperatori donare voluerit, sufficiat ei ad perfectam donationem instrumentum liberalitatis nondum continens (omisit quod addere debuit: *& subscriptum à donatore & testibus*) *& non cogatur hujusmodi donationis instrumentum publicis monumentis intimare, quamvis 500. aureorum quantitatem donatio facta excedat. Nam nec Imperatoris donatio in privatâ personâ facta publicis monumentis indiget.* Hæc Julianus: quasi dicat, non debet ergò Imp. donatarius deterioris esse conditionis, quàm quivis privatus. In Lugdunensi editione est *ducentorum aureorũ quantitatem:* non rectè: melius edidit P. Pythæus *quingentorum:* tametsi in textu *d. Novell.* nec ducentorum, nec quingentorum aureorum quantitas exprimatur, sed tantùm in genere dicatur, *cujuscunque quantitatis sint donationes.* Illud quoque de hac *Nov. 52*, admoneo, † usum eius esse rarissimum, præsertim quoad 4
donationes Imperatori factas à privatis. Quis enim tàm Magnificum sese faciat, ut Imperatori, mundi domino donare præsumat? crebrius est, ut Imperator donet privatis: quæ quidem donatio cujuscunque summæ sit valebit absque insinuatione, quia contractus principum habent vim legum. Et huc fortasse respexit Imper. Zeno *in d. l. 31.* cum de uno tantum genere Imperialis donationes statuit omisso altero, tanquam ratiore argumento. *l. 3. cum tribus seqq. ff. de ll. & l. 3. in fin. ff. si pars hæredit. petat.* Plura † de donationibus, quæ & supra quin- 5
gentos aureos valeant, sine insinuatione, videri poterint *in commentario Doctoris nostri Giphanii ad l. 25 donation. n. 37. & plurimis sequentib. C. de donationibus*, ubi exceptiones tàm veras in Legibus expressas, quàm à Dd excogitatas, affert & examinat. *Ibidem n. 56* quæstionem hanc quoque tractat, an possit renunciari insinuationi in iis casibus, ubi alioquin necessaria est? Et defendit negativam, ut veriorem, quia talis renũciatio fieret in fraudem legum prohibitoriarum. Eiusmodi autem pactiones & renunciationes, nullius sunt momenti, quæ fiunt cõtra formam à jure præscriptam. *argumento l. 38. ff. de pact.* unde etiam nemo potest efficere quò minùs in testamento suo locum habeant leges & forma testandi, quæ non privati arbitrii, sed juris est publici.

Postremò † ad donationes principum quod attinet, operæ pretium est ob- 6
servare, quod scribit Johan. Parladorius Hispanus *lib. 2. rerum quotidianar. cap. final. part. 1. §. 7. n. 4.* irritas esse donationes quas facit Rex in primis sui principatus auspiciis si in suæ dignitatis aut Reipublicæ dispendium cedant; quam ad rem etiam allegat Nevizan *lib. 6. Sylv. nuptial. n. 55.* Quæ sententia etiam accommodari potest ad donationem Constantini: quæ à multis tamen fabulosa habetur: ut dixi *suprà parte prima huius methodicæ expositionis.*

CAP. XII.

De donatione inter virum & uxorem, ad Nov. 162. c. 1.

SUMMARIA.

1 *Donatio inter coniuges, etsi regulariter prohibita, morte tamen confirmatur.*
2 *Occasio & species Nov. 162.*
3 *Donatio morte filii Attiique mariti confirmata,*

ab initio ſtatim valet: ut non tantum exceptio detur mulieri poſſidenti, ſed etiam actio non poſſidenti.

4 *Qua actio mulieri ad petendas res ſibi à marito donatas competat?*

5 *Exceptio mulieri poſſidenti res à marito donatas datur.*

6 *Secunda pars Novellæ 162. Maritus rem mulieri donatam oppignerando ademiſſe non videtur.*

6 *Authentica ex Nov. 162. c. 1. excerpenda, & legi 12. C. de donat. int. vir. & uxor. ſubiicienda, cur ab Irnerio omiſſa?*

8 *Tertia pars Novellæ 162. Donatio quingentos aureos excedens, nec inſinuata, tantùm quoad excedentem quantitatem irrita eſt.*

9 *Reliqua duo capita Nov. 162. κατ' ἀποδιδῶσιν.*

---

1 DOnatio † inter virum & uxorem etſi regulariter prohibita eſt moribus (cujus juris cauſæ elegantes & plures afferuntur *in l. 1. 2. & 3. ff de donat. inter virum & uxorem*, nec non à Plutarcho *in Romaicis q. 7. & in libello politiſſimo, quo tradit præcepta connubialia*) tamen morte
2 confirmatur: quod introductum eſt oratione D. Antonini Pij. Hinc † nata eſt ex facto quæſtio, tempore Juſtiniani, de qua Imperatorem conſulit Dominicus præfectus prætorio & hinc occaſio generalis conſtitutionis faciendę extitit. Vir donarat uxori ſuæ res certas ſed non tradiderat: deindè poſteà deceſſerat, nullà in ſupremis ſuis factâ mentione illius donationis. Quærebatur, an mulier eas res poſt mortem mariti ab eius hæredibus ac detentoribus petere ſeu vindicare poſſit. Videbatur dicendum, denegari debere mulieri earum rerum exactionem, quia donatio non fuiſſet perfecta. Nam lex Cincia, quæ erat de donationibus & muneribus, nonaliter donationem valere voluit, quàm ſi re, id eſt, traditione eſſet perfecta. Eaque erat dubitandi ratio, qua nitentes illarum rerum detentores (quos credibile eſt, fuiſſe mariti hæredes) negabant mulieri actionem ullam competere, concedentes tantum ipſi exceptionem illo caſu,
3 quo res donatas poſſediſſet. Contrarium † tamen Imperator reſcripſit, & in vim generalis conſtitutionis deinceps valere atque obſervari voluit: ut ſcilicet donatio morte mariti ſilentioque confirmata ab initio ſtatim valeat; proindeque mulieri non tantum poſſidenti detur exceptio, qua ſe tueatur contra actores: ſed etiamſi non poſſideat, actio competat contra detentorem. Motus autem fuit Imperator ad hanc deciſionem illâ ratione: quia Lex Cincia, quæ requirebat traditionem rei donatæ & ſine hac donationem non admittebat, in deſuetudinem abierit & contrà priore ſua conſtitutione effectum ſit, ut donatio nudo quoque conſenſu perficiatur, adeò ut donatori incumbat neceſſitas tradendi rem donatam donatario eam petenti non minùs, quàm venditor cogitur rem venditam trâdere emptori. *l. 35. ſi quis argentum, §. ult. C. de donat. & §. aliæ in verbis, & ad exemplum venditionis, &c. Inſtit. eod. t.*

4 Sed quanam † actione mulier petere poterit donata ſibi à marito? utitur quidem textus *in fin. prænd. Nov. 162. c. 1.* verbo *vindicandi*: ex quo poſſet fortaſſe alicui videri, quaſi mulieri competeret rei vindicatio. Sed hoc falſiſſimum eſt: quia hæc actio nemini datur, niſi qui Dominus ſit rei, quam petit. §. *omnium, Inſt. de actionibus, & l. 23. in rem. ff. de rei vind.* Atqui mulier, cui donatum eſt quidem, ſed nondum traditum, non eſt domina: quia ſine traditione dominium nō

transfer-

Digitized by Google

transfertur (nisi forte legis authoritate, quod aliud est) *§. per traditionem. Inst. de rerum d. vis. & l. 20. traditionibus. C. d. pact. l. 3. ff. de Obl. & Act.* Quare *vindicationem* in hac Novella generaliter, pro quavis exactione, etiam quæ in personam, non in rem directa est, accipimus. Quænam igitur ei actio dabitur? Et ita distinguendum: aut stipulatio intervenit, qua scilicet uxor à marito sibi eas res dari stipulata sit, maritus stipulanti promiserit: aut nulla intervenit stipulatio. Priore casu mulier habebit actionem ex stipulatu: posteriore condictionem ex lege, sive ut hic dicitur condictitiam, id est, ex nova illa constitutione Justiniani *in d. l. si quis argentum 25. C. de donat.* fac. *l. nu. ff. de condict. ex lege.* Sed hic notandum est ex stipulatu mulierem tantùm agere posse adversus maritum, vel eius hæredem, non verò adversus alium rerum donatarum possessorem, quo cum nihil contraxit mulier. Est enim impossibile, ut actio ex contractu & obligatione alium teneat, quàm eum qui contraxit, eiúsve hæredem.

Illud autem confirmat Imperator, † quod mulieri etiam adversarii concedebant, videlicet possidenti res à marito sibi traditas, titulo donationis, accommodari exceptionem: quò facit regula juris; cui damus actionem, eidem & exceptionem quoque competere multò justius quis dixerit. Atque hæc prima est pars dicti capitis primi *in Nov. 162.* §

Sequitur altera. † Quid autem si maritus rem quam uxori donaverat postea vel pignori opposuerit, vel hypothecæ supposuerit: (ita enim loquuntur Jurisconsulti) videbiturne mutasse voluntatem, & donata revocare voluisse quasi per pœnitentiam? Et certè sic dicendum videbatur maritum pœnituisse prioris donationis, eamque revocatam voluisse *l. 32. cum hic status §. 5. si maritus. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 12. si maritus. C. eod. tit.* Sed hoc jus Digestorum, & Codicis, ut loquimur, correxit Justinianus, *in d. Nov. 162. c. 1. in verbis: ita ut quãvis postea vir in hypothecam dederit rem, vel in pignus tradiderit, &c.* Quæ † cum ita fint debuit Irnerius etiam ex hac Novel. Authenticam aliquam decerpere, & *ad d. l. 12. C. de donat. inter vir. & uxor.* accommodare: quod ab ipso ut alibi quoque prætermissum, nos suppleamus ex consilio Wesembecii aliàs à me laudato, *si. prà in prolegom.* Excusari tamen Irnerius poterit de hoc paralipomeno, quia hæc Novella in veteri translatione Latina (quam ille secutus est) non extabat: sicut neque Julianus eam in sua Epitome habet. Ratio hujus novissimi juris est quia hoc ipsum consequens erat priori constitutioni *in d. l. 35. si quis argentum. §. ult. C. de donat.* quæ donationem solo consensu perfici voluit, etiam absq; traditione. Huic simile est quod etiam testator, si prædia quæ semel legaverat, posteà pignori dederit, per hoc non videtur legatum ademisse: ideoque potest legatarius cum hærede agere, ut is prædia à creditore luat, seu liberet ab onere pignoris, *§. si rem suam: vers. Idem rescripserunt. Inst. de legat.* Quæ enim nudo consensu constant, ea non videntur adimi obligatione pignoris vel hypothecæ, ut ait Cujacius *ad hanc Novellam nostram pag. 413.* 6 7

Tertia † pars eiusdem capitis primi agit de insinuatione donationum à marito in uxorem factarum. Summa & distinctio hæc est: aut insinuata est donatio mariti, collata in conjugem: aut non insinuata. Et hæc, aut non excedit 500. au- 8

reos,

scribitur: *de immodicis & inofficiosis donationibus*: & rectè † simul in- 2
telligimus, rectius fortasse *Auth. unde etsi parens*: collocari potuisse sub *tit. C. de inoffic. donation.* quam sub *tit. de inoffic. testam.* Quanquam enim querela inofficiosæ donationis ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti introducta est, per rescriptum Imperatoris Alexandri: ut est in *l. 87. Titia Scio. §. Imp. ff. de leg. 2.* tamen simile non est idem: & differunt multum inofficiosa donatio, & testamentum inofficiosum: quamvis per hæc utraque lædatur officium pietatis, unde & nomen acceperunt.

Summa † autem hujus Novellæ secundum Bartolum hæc est: *si parens in* 3
aliquem vel aliquos ex filiis immensam fecerit donationem: filiis legitima portio de necessitate debetur: hoc obtinente in filiis gratis: ingrati verò penitus excluduntur. Vel secundum Johannem ita summari potest: *pater quamvis quosdam filiorum plus amet, tamen donando alicui filiorum, vel extraneo, non potest fraudare filium, quò minùs habeat trientem, vel semissem suæ partis, quam habiturus erat ab intestato.* Vel denique secundum Julianum hæc sit summa: *si pater filios habuerit duos, vel plures, & uni ex his,* (vel etiam pluribus) *donare suas res voluerit: non liceat ei ultra bessem substantiæ suæ donare, vel ultra dimidiam secundum numerum liberorum, ut & cæteri liberi modis omnibus legitimam portionem, id est, Falcidiam, accipiant, quam haberẽt si tertiam partem, vel dimidiam acciperent eo tempore antequam donatio facta sit: scilicet nisi ingrati fuerint. Nam si probatæ sint ingratitudinis causa, legibus pristinis subiiciantur.* Hactenus Julianus. Omnium verò brevissimè ad hunc modum concipi potest Novellæ nostræ argumentum & hypothesis: *Pater uni, vel pluribus liberorum donando, non potest alium vel alios defraudare sua legitima, quæ aliàs est triens, aliàs semis pro numero scilicet liberorum.*

Sed ut tantò pleniùs intelligatur, sciendum est ante omnia, † Justinianum 4
initio hujus Novellæ nominare *Falcidiam*, quæ aliàs usitatiùs dicitur *legitima*, & pleniùs *legitima portio*. Item *debitum bonorum subsidium l. 5. c. de donat. inoff.* videatur Cujacius *ad pr. Novell. 18.* & Falcidiæ nomen quam variè in jure nostro usurpetur, Bartolus quoque annotat *ad h. Nov. n. 1.* Sunt autem ferè tres istæ significationes, quarum prima est propria, altera impropria, tertia improprissima, ut loquitur Bartolus. Nam primò & propriè Falcidia est illa portio, quam detrahit hæres de legatis supra dodrantem relictis, si hæreditas per testatorem nimis sit gravata & exhausta legatis: de qua significatione agitur *tit. Instit. de L. Falcid. & ff. & C. eod. tit.* Secundò Falcidia etiam dicitur Trebellianica, hoc est ea portio, quam ex Senatusconsulto Trebelliano retinet, vel detrahit hæres fideicommisso gravatus, sive rogatus alteri restituere vel hæreditatem, vel res singulas *l. 10. quanquam. & l. seq. C. ad L. Falcid.* Idque ideò, quia ad exemplum L. Falcidiæ Senatus hoc jus introduxit. § *sed quia hæredes, Instit. de fideicom. hæredit.* Tertiò, Falcidia appellatur, quando quæ debetur jure naturæ: ut *hic in pr. & Auth. unde etsi parens. C. de inoff. testamento.*

Secundo loco notandum est † de legitimæ quantitate, eam olim fuisse quar- 5
tam partem bonorum indistinctè, quotcunque essent liberi sive plures, sive pauciores: unde fiebat, ut si quadrans ille inter multos divideretur, portiones

liberorum ſingulorum valdè exiles fierent, ſecundum illud vulgò jactatum, *Diviſio rem attenuat*. Quare Juſtinianus *in Nov. 18. c. 1.* legitimam ita auxit, ut ſi quatuor vel pauciores eſſent liberi ex bonis parentis defuncti, deberetur ipſis triens, id eſt, quatuor unciæ ſin plures quàm quatuor liberi, haberent ſemiſſem quem ex æquis portionibus inter ſe dividerent. Videatur & *Auth. noviſſima lege. C. de inoff. teſtam.* Eiuſque conſtitutionis ſuæ, qua legitimæ quantitatem non contemnendâ acceſſione auxerit, mentionem facit Impet. *init. huius* Novell. 92. quam & illius prioris 18. περιθήκην ſive auctarium & appendicem eſſe vult. De quantitate legitimæ plura videri poſſunt apud Schneidewein & alios. *ad tit. Inſt. de inoff. teſtam & ad tit. de exhered. liber.*

6 Tertiò notandum: † etſi legislator ſuaſerit parentibus, ut ſervent æqualitatem inter liberos: ut eſt etiam *Nov. 22. c. 48. Illud quoque: & ibi Iulianus in §. ſtudeant*, quam in ſententiam pulcherrimè diſſerit S. Baſilius *in opere ſex dierum*, eumque imitatus S. Ambroſius: tamen parentibus, qui ferè unum aut alterum ex liberis ardentiùs amant, quàm cæteros (ut etiam exemplum videmus in Hiſtoria Jacobi *in Geneſi* duodecim filiorum parétis, ſed Joſephum & Benjaminum præ cæteris tenerrimè amantis: quam Imperator in h. Novel. eleganter vocat περιπάθειαν, Germani eine ſonderliche zuneigung) non propterea adimi liberum arbitrium dividendi bona ſua inæqualiter inter liberos, dummodo is, qui pietatis ſibi conſcius eſt, (ſic dicitur *in l. 8. C. de inoff. teſtam.*) id eſt, qui non fuit ingratus adverſus parentes, non minùs quartâ parte obtineat eius partis, quæ ad ipſum ab inteſtato pertinere potuit. *l. 8. parentibus in pr. C. de inoff. teſtam.* Eôdemque pertinet quod *hac Novell.* Imp. dicit, poſſe patrem ex liberis, quem, quos ve voluerit, magisque dilexerit præferre cæteris: ita tamen & eatenus, ne cæteris intolerabilis ſit ſuæ portionis vel legitimæ diminutio. Quartò notandum, *ex*
7 *ead. Novell.* † quòd liberi à patre donationibus immodicis honorati, non cogantur ſuſcipere hæreditatem paternam: ſed poſſint, ſi velint, contenti eſſe donationibus ſibi factis, & quod cæteris deeſt, ad ſupplemétum legitimæ addere.

8 Quintò notandum, † liberos, qui erant ſuperſtites, ſive jam in vivis, tempore factæ donationis inofficioſæ, eam reſcindere poſſe non totam, ſed tantùm pro modo Falcidiæ ſeu legitimæ, ut ſcilicet eam habeant ſalvam: ut docet Cujac. *lib. 5. obſer. c. 14.* ubi etiam hanc Nov. noſtram pulchrè explicat.

9 Sextò † notanda eſt differentia inter liberos, qui poſt donationem ſuſcepti ſunt, & eos, qui tempore donationis jam tunc in vivis erant. Nam ſi poſt donationem liberi naſcantur donatori, donatio facta extraneo in ſolidum & non tantùm pro ratione Falcidiæ ſive legitimæ reſcindi poteſt, tàm à liberis, quàm ab ipſo patre donatore. *l. 8. ſi unquam. C. de revoc. donat.* ad quam prolixi extant commentarii, Franc. Ripæ Jurisconſulti Itali, & Andr. Tiraquelli Galli: & breviores, Giphanij ac Donelli. Ratio eſt: quia veriſimile eſt patrem non fuiſſe donaturum, ſi cogitaſſet ſe liberos ſuſcepturum. Nam, ut proverbio dicitur: *genu ſurâ eſt propius*; & *tunica pallio propior*: & unusquisq; ſuo potius ſanguini, quàm extraneis proſpicere velle præſumitur, cùm ordinata charitas incipiat à ſe ipſa: ſuisq; domeſticis, quibus qui non conſulit deterior eſt Ethnico, & fidem Chriſtianam

stianam abnegavit, judice Paulo Apostolo. Hæc de donatione extraneo alicui facta. Quod si facta sit alicui ex prioribus liberis, qui tempore donationis in vivis erant: non in solidum, sed tantum pro modo Falcidiæ revocari potest donatio, sive per liberos posteà natos sive per ipsum patrem donatorem. *l. 5. si totas. C. de inoff. donat.* Videatur & Bartolus de *d. l. si unquam. ad Nov. 92. n. 8 & n. 11.* † ubi vult revocationem donationis ob supervenientiam liberorum fieri ipso jure, etiam sine actione: quæ & ferè communis est Doctorum opinio. Contrà Accursius (qui tamen varius est, sibique non constat) putat opus esse actione ad revocandam donationem. Quæ sententia verior videtur & Cujacio *lib. 20. obs. 5.* & Giphanio *ad d. l. 8. n. 19. C. de revoc. donat.* 10

Septimò notandum est † discrimen inter liberos & extraneos hæredes. Extraneus hæres non potest detrahere Falcidiam ex donationibus inter vivos à testatore factis. *l. 42. Scia. §. ult. ff. de donat. causa mortis;* sed liberi hæredes instituti, si non possint ex cæteris bonis patris salvam habere legitimam suam, possunt eam revocare ex donationibus inter vivos: & habebitur ratio non tantum bonorum, quæ parens habebat tempore mortis suæ, sed etiam illorum, quæ tempore donationis. Videatur Cujacius *ad Nov. 92. in pr.* Illud tamen admoneo, in totâ hac Novellâ nihil dici de donationibus factis, vel collatis in extraneos, sed tantùm in liberos. 11

Octavò notandum, † sicut querela inofficiosi testamenti, non datur liberis ingratis: ita iidem nec inofficiosam donationem parétum dicere, aut rescindere possunt. Ratio est, quia qui in legibus delinquit, legum auxilium non meretur: sive leges non rectè invocat qui adversus præcepta legum committit, *l. 37. auxilium, §. ult. in fine. ff. de minor.* Et malè meritus publicè etiam egestate laborare debet, ut aliis exemplo sit, ad deterrenda maleficia. *l. 31. bona fides. ff. depos.* Utraque lex est elegantissimi Jurisconsulti Tryphonini, ex libris disputationum eius. 12

Porrò, quæ sint causæ ingratitudinis sive species, infrà exponetur *parte sextâ ex Novell. 115. c. 3.* Interim hîc † observetur locus communis de ingrati animi crimine. Etsi enim Romani regulariter non dederunt actiones adversus ingratos, sicut Persæ. (Nam, ut ait Seneca *de beneficiis*, fora nulla sufficerent propter nimiam multitudinem ingratorum) tamen in aliquot juris articulis etiam ingratitudinis rationem habuerunt. Sic ingratis & querelam inofficiosi testamenti, & querelam inofficiosæ donationis, vel dotis, denegarunt: sic ingratos libertos in servitutem, ingratos liberos emancipatos in patriam potestatem retrahi: sic ab ingratis donatariis donata revocari posse voluerunt. Quorum omnium imitatione, etiam Feudalium consuetudinum autores, Vasallis Feuda seu beneficia propter egregias quasdam ingratitudinis causas, adimenda censuerunt. 13

Quæritur: † an dispositio *d. Nov. 92.* habeat etiam locum in muliere donante? quod affirmat Bart. *hic n. 13.* argumento *l. 1. ff. de V. S.* Item an etiam frater contra donationem fratris, habeat querelam inofficiosæ donationis, si immodica sive immensa fuerit, ad quam respondet *n. 14.* affirmativè; quod tamen non 14

Digitized by Google

aliter intelligi debet, quàm eo casu, quo etiam querela inofficiosi testamenti datur fratribus. Idem Bartol. pluresad eandem Novel. & objectiones & quæstiones movet: quæ apud ipsum videri possunt. Inter alias etiam hæc est. An legitima possit tolli statuto sive lege municipali, de qua quæstione videatur etiam Gail. *2.obs.* & Mynsing. *cent.5.obs.43.* Item, *cent.6.obs.44.* Sed plura de legitimâ dicendi locus erit infrà parte sequenti; Idem Bart. *n.4. & 5.* diligenter explicat. quando pater filio, ut extraneo donare videatur. Cujac. *ad n. Nov.* attingit etiam illam quæstionem celeberrimam An duplicis quartæ detractio detur filio, qui fideicommisso est gravatus à patre suo: quarum scil. una competat ipsi ut filio, id est, quasi jure legitimæ: altera jure extranei, tanquam cuilibet hæredi ex S.C. Trebelliano. ut voluit Pontifex *in c. Raynutius. & c. Ra naldus extr. de testam.* planè contra rationem juris civilis: quod præclarè demõstrarunt Hotom. *in Illustr. q.* & idem Cujac. *8.obs.3.* sed hac de re prolixiùs egi *in tract. differ. Vtriuq; juris.*

CAP. XIV.

De lucris nuptialibus. Ad Nov.98. junctâ Nov.127.cap.3.& Auth. uxore. cum Auth. si tamen. C. de secund. nupt.

SUMMARIA.

1 *Nuptiale lucrum quid hic vocetur.*
2 *Nuptialis lucri significatio alia.*
3 *Nuptialium lucrorum jus ex Nov. 98. & 127. cap 3.*
4 *Jus Codicis de lucro nuptiali quatenus per jus Novellarum sit mutatum.*
5 *Nov.98 quatenus per Nov. 127. cap 3. mutata sit.*
6 *Quis succedat liberis in proprietate lucrorum nuptialium.*
7 *Soluto matrimonio dos ad uxorem, donatio propter nuptias ad virum redit: nisi pactũ vel consuetudo obstet.*
8 *Qui remanet in viduitate, in priore matrimonio remanere videtur.*
9 *Lex bona & aqua per consuetudinem contrariam abrogari nequit.*

NIhil ferè sub hac quintâ parte expositionis nostræ methodicæ explicandum restat, præterquàm de lucris nuptialibus, quid juris sit. Vocamus † autem hîc nuptiale lucrum (Cujac. vocat *casum mortis vel repudii*) omne id quod ex pacto statutóve, vel consuetudine, aut ex dote obvenit viro, aut ex donatione propter nuptias cedit uxori pro lucro, si matrimonium vel morte, vel divortio fuerit solutum: nec tantùm si pars dotis vel donationis propter nuptias obvenerit parenti: sed etiam, si tota dos, vel donatio propter nuptias: ut scilicet idem sit juris totius quoad totũ, quod est partis quoad partem. *arg. l.76 ff. de rei vindic.* Longè † aliter lucra nuptialia à quibusdam appellantur, ea, quæ constante matrimonio conjuges communiter acquisiverunt: de quibus proprii extant tractatus quorundam Hispanorum, uno comprehensi volumine, quod impressum est Coloniæ: de quibus item agit Pet. Peckius *in tract. de testa. conjug.* Sed his omissis de priore significatu solo videamus.

Igitur † lucrorum nuptialiũ hoc est jus ex *Nov.98.* ut parens cui illa obvenerunt, sive mater, seu pater sit, sive avus, seu avia &c. cõservare ea integra quoad proprie-

Digitized by Google

proprietatem cogatur liberis ex eodem matrimonio procreatis, & usumfructum solum sibi habeat: idq; nullo discrimine, sive ad secundas nuptias transierit: sive in viduitate permanserit. Hoc autem postea per *Novel.127.cap.3.* nonnihil mutatum est, quoad parentem à secundis nuptiis abstinentem. Is enim eavè quasi pro præmio viduitatis non solùm habet usumfructum (vetus interpres Novellarum suo more vocat *usum*, sicut Justinianus suâ linguâ χρῆσιν:) verùm etiam portionem virilem pleno jure proprietatis ex illis lucris nuptialibus consequitur: vulgò vocamus Ein Kindstheil: Textus Novellæ inquit, *habere proprietatis tantum, quantum filiorum quantitas faciat: ut secundum proprietatis rationem unius filii personam obtinere videatur.* Ea portio variat pro numero liberorum. Nam quò plures fuerint liberi, eò minor erit, quò pauciores eò erit major.

Ex his apparet primùm quantoperè mutatum sit per Novellas Justi Codicis. Deinde quatenus *Novel.98.* per *Novel.127 capit.3.* id est, prior per posteriorem corrigatur. Nam † quod ad prius attinet; Jure Codicis, parens à secundis 4
nuptiis abstinens, multò ampliùs habebat præmium viduitatis: cum plenam proprietatem eorum lucrorum in solidum consequeretur; adeò, ut ea lucra etiam alienare vel consumere posset, tanquam dominus vel domina. *l.5 generaliter.§.2. Illud etiam C.de secund nupt. in verbis: quod* (scilicet consumere vel alienare) *eis ad secundas nuptias non venientibus, quasi rerum dominis concessum esse, nõ dubium est*: idemque etiam confirmatur *in l 6 hac edictali,§. ult. C.d t.* quasi dicerent Imp. hæc enim est vis, hic effectus dominii ut quicunque hoc in re habet, possit pro suo arbitrio de ea disponere, possit eam consumere, alienare, obligare, jure pignoris vel hypothecæ &c. Nam & à Bartolo & Dd sic definitur dominium, *ad l.17. si quis vi.§. differentia. ff.de a quir. poss.* Eodemq; respicit etiam *l.21. in remandatâ. C.mandati.* & idem Bartolus *ad hanc Novel.98.sub n.1.* dicit parentem posse de suâ virili portione facere quicquid vult. Deinde, † quod 5
ad *d. Novel.98.* attinet, ea per sequentem *127.* non in totum abrogatur, sed tantùm, quoad illam clausulam, quæ erat de parentibus à secundis nuptiis abstinentibus: quos Imp. melioris conditionis esse debere censuit, quàm eos qui ad secundas nuptias transiverint: ideoque, ut dictum est, præter usumfructum cæterarum partium, quæ ex lucris nuptialibus jure proprietatis pertinent ad liberos, concessit ipsis, etiam portionem virilem, quam pleno jure haberent: atque ita quadantenus reditum est ad jus codicis, quod habetur *in d.l. 5. & 6. C. de secund.nupt. Quadantenus* dico, non per omnia. Nam non licet parenti plus quàm suam portionem consumere, vel alienare vel obligare jure pignoris, aut hypothecæ: quæ omnia licebant jure Codicis in totis lucris nuptialibus. In portionibus autem quæ ad liberos spectant jure proprietatis debet parens sese gerere tanquam usufructuarius, ut scilicet iis rebus utatur fruatur, salvâ earũ substantiâ: non autem abutatur vel alienet, vel oppignoret. Quis † autem 6
succedat liberis in proprietate dictorum lucrorum nuptialium: de eo videatur *Novel.22.c.20. & Auth. nunc autem.* quæ inseritur *l. 8. si quis prioris. C. de sec. nupt.* Vide & Cujac. *ad Novel.2.c.3. & ad Nov.68. & Nov.22.* Summa hæc est: quòd, si

Digitized by Google

matrimonio ſoluto lucra nuptialia ad alterum conjugem ſecundas nuptias contrahentem pervenerint jure uſusfructus, reſervatâ liberis proprietate: deinde liberis ante parentem defunctis, proprietas cum uſufructu conſolidetur: ut ita deinceps illa bona pleno jure pertineant ad parentem, in quibus antèà tantum uſumfructum habebat: *l.6.hac edictali. D.de ſecund.nupt.* Cui conſtitutioni Imperatoris Leonis nonnihil derogavit Juſtinianus *in l.14.ſi filii. C. de ſec. nupt.* quæ etiam allegatur ab eodem *Nov. 2.* & reſtituta eſt à Cujacio *ad eandem Novel.* cùm in vulgatis Codicibus non habeatur. Ex ea enim lege parens, ſi non hæres extiterit liberis, caſum duntaxat orbitatis lucratur. Dixi de parente ſecundas nuptias contrahente. Idem tamen juris eſt hodie, etiamſi à ſecundis nuptiis abſtinuerit: ſolâ exceptâ portione virili: de quâ paulò ante dixi *ex Novel.127.cap.3.* & ex *Auth.ſi tamen abſtineat. C.de ſecund.nupt.* Sed hæc quodammodò etiam ad locum *de ſucceſſione ab inteſtato* pertinent, quem infrà tractabimus *parte ſeptim:* quodammodò etiam referri poſſunt ad tractatum *de Secundis nuptiis,* quem ſuprà *parte quartâ* executi ſumus.

7 Ad extremum huius Novellæ notat Bartolus *num.3.* † dotem ſoluto matrimonio redire ad uxorem (intelligite regulariter) & donationem propter nuptias ad virum: niſi interveniat pactum de lucrando, vel aliud fuerit de conſuetudine: quod idem etiam habet Schneidewein, *ad §. Eſt & aliud.nu.6, Inſt. de Donat.* ubi, ſicut & *ad §. fuerat. num.31. & 61. & 109.* teſtatur de Jure Saxonico, quo poſt matrimonium copulâ conſummatum & maritus dotem & uxor donationem propter nuptias lucratur. Idem etiam habet Beuſt. *in tractat.de dotibus,* & Fachſius *in differentiis Iuris Civilis & Saxon.*

8 Colligit quoque idem Bartolus ex hac Novellâ, † eum qui remaneat in viduitate, videri remanere in eodem priore matrimonio: quod intelligendum eſt fictione juris, ſive quoad effectum circa bona.

Idem quoque Bartolus n.2. poſt Jacobum de Belloviſu colligit, *expr.d. Novellæ 98.* † legem, quæ ſpecie ſit bona & æqua, quæque talis permaneat, non poſſe per conſuetudinem contrariam abrogari. Conſuetudo enim debet eſſe rationabilis, non autem mala. *Novel.134.cap.1. verſic. malè enim adinventa, &c. & cap.penult.in fin.extr.de conſuetudine. & can. mala diſtinct. 8. cum ſimilibus, ibid.* At talis conſuetudo quæ contraria eſt legi ſpecialiter juſtæ & æquæ, non poteſt non eſſe irrationabilis, & iniqua & mala. Sed hæc pertinent ad locum *de legibus & conſuetudine:* quem tractavimus ſuprà *parte ſecunda.*

Diximus quoque de natura legum mutabili, *in prolegom. cap.3.*

CAPUT

CAP. XV. seu ULT.
DE BONIS LIBERORUM.

Ad Novel. 117. in pr. & Novel. 118. c. 2. & Novel. 134. c. 11. junctis Auth. Excipitur, & duab. seqq. C. de bonis quæ liberis.

SUMMARIA.

1 *Adventitia liberorum bona parentibus, in quorum illi potestate sunt, quoad usumfructum acquiruntur.*
2 *Exceptio prima.*
3 *Authentica excipitur C. de bon. quæ lib. vitiosa additio.*
4 *Parentes aliquando pro propinquis ponuntur.*
5 *Secunda exceptio.*
6 *Tertia exceptio.*
7 *Quarta exceptio.*
8 *De adventitiis bonis pleno iure ad se pertinentibus, filiusfam. testari nequit.*
9 *Qua actione donatio inofficiosa rescindatur, remissáve.*

PRomisi etiam sub hac quinta parte me dicturum de bonis liberorum : sed hoc faciam quàm brevissimè : quia plura peti possunt ex Comment. *Instit. ad t. per quas personas cuique acquir.* & à Pinello *ad tit. C. de bon. matern.* de quibus etiam tractatum edidit Dn. D. Scipio Gentilis. Videri quoque possunt Giphanius & Donellus de eodem argumento.

Summa † ac regula est: quod bona adventitia liberorum in potestate, acquiruntur parentibus, tantùm ratione ususfructus : dominio ipsis filiisfamiliàs inhærente. *l. 6. cùm oportet. C. de bon. quæ liber.* junctо *tit. Inst. per quas personas.* Ratio, cur patri acquiratur ususfr. (idem est in avo) pendet ex patriâ potestate : Cur autem proprietas maneat liberorum, ratio est : quia si etiam hæc ad patrem transiret, & ab hoc ad alios, puta fratres vel extraneos transferretur, id verò nimis triste ac luctuosum foret liberis, qui videre cogerentur, vel sudores suos, vel etiam fortunæ indulgentiam ac liberalitatem in alios transferri. *d. l. cùm oportet : & ibi notatur C. de bon. quæ liber.* 1

Exceptiones ab hac regulâ, ex ipso jure nostro, ordine quatuor notari possũt: Prima est : † nisi quid liberis in potestate datum aut relictum fuerit, hac adjectâ lege, sive conditione, ut ne quidem ususfructus ad patrem perveniret : hoc enim casu patri non acquiretur ususfructus, sed res illæ pleno jure ad filiumfam. pertinebunt. *Auth. excipitur. C. de bon. quæ liber.* Ratio hujus exceptionis est, quia cùm unicuique liberum sit rei à se donatæ vel relictæ ab initio adjicere legem quam velit, sive modum certum, *t. t. C. de donat. quæ sub modo, &c.* lex illa custodienda & observanda est, & modus adimplendus : præsertim cùm non sit contra jus publicum : neque enim juri repugnat, ut is, qui est proprietarius, idem sit etiam usufructuarius, id est, pleno jure dominus : qualis hoc loco fiet vigore illius conditionis filiusfamiliàs. Illa sanè adjectio nunquam probata 2

est,

Digitized by Google

est in bonis, quæ patri pleno jure acquirebantur, ne ipsius esset proprietas:
3. quod admonet etiam Cujac. *ad Novel. 117. inpr.* Illud † autem non probo, quod Irnerius *in d. Auth. excipitur*, posuit: *ab aliquo parentum*: quasi scilicet aliud esset, si ab extraneo res essent relictæ filiisfam. sub hac conditione. Imò verò idem est, etiamsi ejusmodi legem extraneus quispiam à se relictis vel donatis adjecerit: ut manifestum est ex *dicta Novella* 117. contextu. Ac forta sse
4. † *parentum* appellatione intelligi voluit Irnerius propinquos sive cognatos: sicut sæpè & in Jure Canonico & Feudali parentes pro cognatis usurpantur. Videatur Cujacius *ad cap. 13. veniens. extra de sponsal. & matrim. Item ad cap. 27. cùm in tua. eod. tit.* ubi etiam Tertullianum & Hieronymum ad hanc rem allegat. Ad hanc Auth. diligentissimè etiam scripsit Pinellus.

5. Secunda † exceptio est: nisi frater vel soror in potestate successerit defuncto fratri vel sorori unà cum patre: sicut succedere docebimus infrà *parte septima*, ex *Novel. 118.* Quod enim hoc titulo successionis ab intestato acquisierit filiusfamiliàs vel filiafam. ex bonis defuncti fratris vel sororis: id pleno jure acquirit, ita ut pater usumfr. in eo nullum habeat. *Auth. Item hæreditas. C. de bon. quæ liber.*

6. Tertia † exceptio est, nisi quid aliunde ad liberos pervenerit simili lege, nempe ne ususfr. ad patrem pertineret. *d Auth. Item hæreditas.*

7. Quarta † exceptio est: nisi quid authoritate legis vel constitutionis delatum fuerit liberis ex bonis parentis, qui sine justa ac legitima causa divortium fecerit. *Novel. 134. c. 11. & Auth. Idem est, C. de bon. quæ liber.*

8. De talibus † autem bonis adventitiis liberorum, quorum plenum dominium pertinet ad ipsos, & in quibus pater nullum jus habet, quæri solet, an filiusfamiliàs testamentum facere possit? Id rectè negat Accursius & communis Dd. schola, quam etiam sequitur Cujacius *ad d. Novel. 117 pag. 345.* arg. *l. Imperator. ff. ad SC. Trebell.* In contraria est sententia Johan. Vandus *libr. 1. variar. quæst.* Juris *quæst. 1. per totam.* Idem Vandus † disputat quoque *libr. 2. quæstione 24. per tot.* de inofficiosa donatione, quanam actione rescindi ac revocari possit: quod addendum est *ad cap. 13. suprà h. parte.*

9.

FINIS PARTIS QUINTÆ.

PARS

PARS SEXTA METHODICÆ NOVELLARUM EXPOSITIONIS:

QUÆ EST DE TESTAMENTIS, ET ALIIS quibusdam eò spectantibus.

SUMMARIA.

1 *Divisio ac propositio sequentis tractationis.* | 2 *Ratio ordinis.*

SUccessionem † universalem esse duplicem, vel testamentariam, vel ab intestato, quæ propriè dicitur successio legitima, dictum est *ad Instit. lib. 2. tit. 10. & init. lib. 3. & ad l. 7 de Reg. Iuris.* Inter quas duas species successionis, quantum & quàm multiplex sit discrimen, prolixè explicatur à Valentino Forstero, *per aliquot capita lib. 1. de successionibus.* Nos de testamentariâ successione sub hac parte sextâ; de legitimâ, sive eâ quæ ab intestato fit, sub parte seq dicemus: quatenus de utraque specie in Novellis est comprehensum. Ordinis † ratio, cur debeat præcedere testamentaria, & sequi illa quæ ab intestato, posita est in regula juris: quamdiu enim valere potest testamentum, tàm diu legitimus hæres non admittitur, ut ait Paulus *in l. 89 ff. de Reg. Iur.* & quamdiu potest ex testamento aditi hæreditas, ab intestato non defertur: ut ait Ulpianus *in l. 39. ff. de acquir. vel amit. hæredit.* 1 2

CAP. I.

DE TESTAMENTORUM ORIGINE ET DIVISIONE.

Ad Novel. 22. c. 2. §. Disponat; & ad Nov. 1. c. 4. §. ult. denique ad Nov. 119. §. quia verò. junctâ Auth. & non observato. C. de Testamentis.

SUMMARIA.

1 *De Testandi iure, locus illustris. Novel 22 c. 2.*
2 *Testator quasi legislator, & testamentum quasi lex quædam est.*
3 *Lex XII. Tabb. de iure testandi, pluribus iuris locis laudata.*
4 *Eius ratio.*
5 *Universalis Novella 22. cap. 2. Verba* UNUSQUISQUE, QUISQUE, *ad personas habiles restringenda.*
6 *Vox* UTI, *in XII. Tabb. ad Leges restringenda.*
7 *Origo Testamentorum, sitne Iuri Gentium, an verò civili adscribenda?*
8 *Testandi ratio duplex: per scripturam, & per nuncupationem.*
9 *Testamenti scripti requisita quatuor: & quatenùs adhuc hodie observentur.*
10 *Ultimarum Voluntatum species varia.*
11 *Novella 66. dispositio de Testamentis, remissivè.*

MEritò † facimus initium hujus sextæ partis ab illo Novellarum loco celeberrimo, qui de jure testandi, unde id fluxerit, agit, & in foro quoque frequentissimè allegatur. Ait Imperator secundum veteris 1

teris Interpretis translationem: DISPONAT UNUSQUISQUE SUPER SUIS UT DIGNUM EST: ET SIT LEX, EIUS VOLUNTAS: SICUT ET ANTIQUISSIMA NOBIS LEX ET PRIMA PENÈ REIP. ROMANORUM DISPONENS AIT (*dicimus autem duodecim tabularum*) SECUNDUM ANTIQUAM ET PATRIAM LINGUAM ITA DICENS: UTI LEGASSIT QUISQUE DE RE SUA ITA IUS ESTO. In fonte Græco pro *disponat* est verbum multò significantius: *νομοθετείτω*, quod est ad verbũ
2 LEGEM PONAT. Nam † lex propriè dicta vim suam ita communicavit cum testatore, ut etiam ipsum effecerit quendam Nomotheten sive legislatorem. Unde etiam in testamentis pleraque legis figurâ hoc est, imperandi modo scribuntur: ut HÆRES ESTO; EXHÆRES ESTO; LIBER ESTO; DATO; CAPITO; SUMITO; HABETO; TUTOR ESTO, &c. Hinc etiam est, quod Cicero *Philippica secunda*, legem & testamentum inter se comparat, dum ait: *in publicis actis, nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.*
3 Quod etiam non ignorat Apostolus Paulus *epistolâ ad Galat.* Eandem † porrò legem duodecim tabularum (qua latissima potestas tributa est testatori, ut explicat Pompon. *in l. 120. verbis. ff. de V. S.*) alibi quoque Imperator laudat, ut *init. tit. Instit. de Lege Falcidiâ*: & ad illam respicit *in Novel. 1. in pr. in verbis: cum utique etiam à veteribus legislatoribus dictum sit: competentes deficientium dispositiones, quæcunque non repugnant legibus, omnibus modis impleri.* Et infrà *eadem Novel. 1 in §. exhæredatos: Una est*, inquit, *legis intentio, ut, quæ disposita sunt à mo-*
4 *rientibus, impleantur.* Ratio † redditur *in l. 1. C. de SS. Eccles. & in l. 5. ff. testam. quemadmodum aper.*

5 Quod † autem utitur Imperator *in d. Novel. 22.* verbis universalibus, *unusquisque*, Item, *quisque*: sciendum est hanc universalitatem restringendam esse ad personas aptas & idoneas sive habiles ad testandum: v. g. 1. ad patres familiarũ, quo quidem patrisfamiliâs vocabulo, diserte est usa lex duodecim tabularum, ut alibi explicatur. 2. ad puberes. 3. ad homines sanæ mentis, & sanorum morum: nam neque filiifamiliâs testamenta facere possunt. (adeò ut ne quidem de illis rectè testentur bonis adventitiis, quorum pleno jure sunt Domini, usufructu patri denegato ut monui *ad fin. part. præced.*) neque impuberes, neque furiosi, insani, mente capti, neque prodigi, quibus interdictum est administratione rerum suarum: ut pxplicatur latius *ad tit. Instit. quibus non est permiss. facere testam.* Hoc primum de personis.

6 Deinde † de adverbio, UTI, *in d. l. XII. Tabularum*, (quod ad modum testandi pertinet, sicut priora verba ad personas testantium) admonendum est, hoc quoque restringi ad leges, ut quis secundum illas, non contra, testetur. Nam latissima illa potestas, quam vocat Pompoius, sive, ut Imperator, licentia illa testandi, (sic vocat *pr. tit. de L. Falcid.*) coangustata est interpretatione vel legum, vel constitutionum, *d. l. 120. ff. de V. S.* Et hoc est quod ait Imperator *Novel. 1. pr.* dispositiones quæcunq; non repugnant legibus impleri oportere. Nemo enim cavere potest, ne leges in testamento suo locum habeant: ut ait idem Pomponius *in l. 55. nemo potest. ff. de leg. 1.* (habet tamen hæc regula quasdam

Digitized by Google

dam exceptiones; ut infrà dicetur *proprio capit.)* & nemini permissum est mutare formam jurisdictionis, vel juri publico denegare: ut ajunt Imperatores *in l. 13. testandi. C. de testam.* testamenti enim factio non privati, sed publici juris est: ut ait Papinianus *in l. 3. ff. qui testament. facere possunt.* De cæteris eius legis duodecim tabularum verbis plura dixi *in Commentario ad duodecim tabulas.*

Ex his, † quæ hactenus attuli, desumi potest responsio ad quæstionem *de origine testamentorum*: de qua hæc sunt verba Jacobi Rævardi *in libello ad LL. duodecim tabularum, cap. 3. testamentum quatenus suprema voluntas definitur, juris tàm gentium est, quàm civilis: quatenus verò justa voluntas, juris civilis est, non gentium.* Theophilus sanè *ad §. 1. Inst. de Iure Nat. Gent. & Civili*, testamenti factionem retulit simpliciter ad Jus gentium: idque probat Wesemb. *in Paratit. ff. qui test. fac. poss. n. 8.* quia apud omnes gentes specialiter in usu fuerit testamenti factio: & ratæ habitæ voluntates morientium, ut Cicero quoque testatur *lib. 3. de Finib.* licet formæ testandi passim fuerint diversæ, legibus scilicet, vel moribus ac jure civili, cuiusque loci præscriptæ. Sic Græci quoque sua testamenta habuerunt, ut ex Demosthene, Isocrate, aliisque Græcis Oratoribus ac Historicis constat: Item ex vitis Philosophorum, quas descripsit Diogenes Laërtius, ubi referuntur testamenta Aristotelis. Giphanius noster contendere solebat, testamentum esse Juris Civilis, quod à potiore fiat denominatio. Formam autem à jure civili datam esse testamentis: manifestum est ex *l. 3. ff. qui testamentum facere possunt.* & ex *l. 13. testandi. C. de testam.* Jam forma in unaquaque re dominatur, & est potentissima; qua destructa res ipsa non manet eadem: ut est *in l. 9. Iulianus, §. 3. sed si quis. inf. ff. ad exhibend. & in l. 7. §. 5. quod si toto, in verbis: amissâ propria forma, &c. ff. de acquirendo rerum dominio.* & pro hac sententia induci quoque potest *l. 6. ff. de Iustitia & Iure.* ubi Jus civile sive proprium efficidicit Ulpianus, cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, id est, juri gentium vel naturali. 7

Porrò, † cùm duplex sit testandi ratio, una per scripturam, sive in scriptis, altera per nuncupationem, sive sine scriptis, vel sine scriptura: unde testamentum aliud dicitur *scriptum* aliud *nuncupativum*: ut notissimum est ex *Institut. §. ult. de testamentis ordinandis.* & ex *l. 21. hac consultissima. in pr.* & *§. 2. per nuncupationem. C. de testam.* Eadem divisio repetitur etiam, confirmaturque à Justinianoin Novellis. Sicut enim *Novel. 1. cap. 4. §. ultim. duplex*, inquit. *est testamentorum modus; aut in scriptam delatus dispositionem, aut in non scriptam voluntatem* Ubi † observanda sunt ex Accursio, in verbo, *delatus*, quatuor requisita ad testamentum scriptum necessaria. I. est, numerus testium septem (de quo obsevandum obiter, illum & Jure Canonico esse imminutum ad duos, cum parocho, ex *cap. cùm esses, & c. relatum, extra de testam.* Deindequorundam locorum privilegiis etiam receptum esse, ut valeãt testamenta à duobus signatoribus, qui personam sustinent publicam, signata: ut est insigne privilegium ab Imperatoribus confirmatum in Republica Norimbergensi: & ante paucissimos 8 9

mos annos fuit etiam aliquid ſimile Neagoræ in Palatinatu, quod tamen nupertimè nonnihil per Electorem immutatum eſt.) II. ſu ſcriptio ab unoquoque teſte facta. III. ſigilli cuiuſque appoſitio. IV. Ut teſtator propria manu nomen hæredis aſſcribat: vel ſi hoc non poteſt, ſive morbo ſive imperitia litteratum impeditus, ut coram teſtibus clara voce id exprimat. Quod poſtremum conſtituitur *in l. 29. jubemus. C. de teſtam* Sed jure noviſſimo ſublatum & correctum eſt, *in Novel. 119. §. quia verò.* unde ſumpta eſt *Auth. & non obſervato:* quæ ſubijcitur *dictæ l. jubemus.* Permiſit enim Juſtinianus teſtatori, qui ipſe ſcribere non poteſt, & teſtamentum alteri dictat, ut poſſit nomen hæredis etiam per alium ſcribere, remiſsâ neceſſitate palàm nuncupandi teſtibus nomen hæredis. Ratio mutati juris eſt, quia alioquin teſtamenta ſcripta non forent ſecreta, ſi teſtes nomen hæredis palàm audiviſſent: ex quo teſtatori vel invidia, vel etiam inſidiæ metuendæ eſſent: quas ut effugiant plerique ſuprema elogia ſua occultare ſtudent, ne ante mortem ſuam aliis innoteſcant: unde etiam, qui teſtamentum viventis aperuerit, legerit, vel recitaverit, falſi crimen committit. Deinde, quia nihil relinqueretur diſcriminis inter ſcripta teſtamenta & nuncupativa; ſi teſtator ſcribere non valens, ad nominationem hæredis præcisè aſtringeretur. Vide & Cujac *in expoſitione Novel. 66. in fine.* Hîc notandum, moribus noſtris, etiam diſpoſitionem illius *Novel. 119. §. quia verò, & dictæ Auth. & non obſervato. C. de teſtam.* in deſuetudinem abiiſſe: plurima enim quotidie videmus fieri teſtamenta in ſcriptis, quibus tamen neque teſtator, neque alius pro ipſo ex teſtibus nomen hæredis inſcribit; ſed totum teſtamentum manu alicujus notarii, aut ſcribæ judicii (quales plerunque etiam ſunt notarii) confici, & ratum haberi, dummodò à teſtibus ſubſcribatur & ſignetur.

10 Obſervetur ✝ quoq; ad eandem *Nov. 1.* gloſſa, verbi: ULTIMA, &c. quot modis fiat ultima voluntas: Accurſius enumerat iſtas formas: I. per teſtamentũ ſcriptũ. II. per teſtamentũ non ſcriptũ, ſeu nuncupativum. III. per Codicillos. (dicitur etiã ſæpiſſimè in Cod in ſingulari numero Codicillus.) IV. per diſpoſitionem patris inter liberos. V. per diſpoſitionem militarem. VI. per donationem cauſa mortis. Ex his teſtamentum tàm nuncupativum, quàm ſcriptum requirit ſeptem teſtes: militare duobus, Codicilli & donatio cauſa mortis, quinque teſtibus, contenta ſunt. *l. fin. C. de codicil. & l. fin. C. de mortis cauſa donat.* Poſſunt tamen plures etiam oſtendi in jure ſpecies ultimarum voluntatum, v g. eſt etiam epiſtola fideicommiſſaria: *ut in l. 23. cùm quis. §. pater. ff. de leg. 3. l. 7. cum hæredes. C. qui teſtamentum facere poſſunt. l. 22. & in Epiſtola C. de fideicommiſſ. l. 1. §. 1. C. de Lat. libert. toll. l. 75. miles. & l. 77. cum pater. §. donationis. & l. ultim. in princip. ff. de leg. 2. l. 75. epiſtolam. ff. ad Senatusconſult. Trebell. l. 78. quæſitum. §. 1. ff. de leg. 3. l. 30. alumnæ. §. ultim. ff. de admend. leg. Facit l. 17. literæ, ff. de Jur. Codicillorum.* Quid autem inter epiſtolam fideicommiſſariam & Codicillos interſit, diligenter explicat Giphanius, *ad legem ultimam, §. in omni autem ultima voluntate. Cod. de Codicillis.*

Sic eſt

Sic est etiam species ultimæ voluntatis, nuda rogatio hæredis scripti, facta sine testibus, & sine scripturâ ut est casus singularis *in l. ult. C. de fideicom. & in §. ult. Inst. de fideicom. hæred.* Præterea est species ultimæ voluntatis rogatio nuda hæredis legitimi (sive ab intestato) sine scriptura quidem, sed non sine testibus, ut *in l. 5. ff. ad SC. Trebell. & in l. 29 ex testamento, C. de fideicom. & in l. 25. generaliter. §. ex testamento. ff. de fideicom. libert.* Adhæc est etiam testatio apud amicos, de qua vid. *l. 39. Pamphilo § propositum, ff. de leg. 3.* Insuper est etiam species ultimæ voluntatis libellus brevis sive scheda, vel scida etiam differens, tàm à codicillis, quàm ab epistola fideicommissaria. *d. l. 22. & in epistola. C. de fideicom.* Postremò est etiam nutus, quo sine verbis ultima voluntas hominis declarari potest, & fideicommissa relinqui *l. 21. nutu. ff. de leg. 3.*

Etsi autem † ad testamenta pertinet etiam *Nov. 66* quæ vult ut constitutio- 11
nes novæ post duos menses, ab earum promulgatione homines primùm obligent: ignoscatur verò illis, qui subtilitatem constitutionum super testamentis positarum puta *in l. jubemus. 29. C. de testam.* & *in Nov. 18.* non observaverunt, ut scilicet relinquerent liberis portionem legitimam secundum modum qui auctus est *in d. Nov. 18.* Item ut nomen hæredis manu suâ scriberent, vel si scribere non possent, coram testibus nuncuparent palàm nomen hæredis, & id ipsum curarent subscriptionibus testium exprimi secundum dispositionem *d. l. jubemus*: tamen hæc omnia tantum obligârunt homines illius temporis: hodiè verò patùm ad nos pertinent: ideoque lectione tantùm indigent: ad quam auditores remitto: ut etiam ad expositionem Cujacii & Epitomen Juliani.

CAP. II.

De Testamento parentum inter liberos. Ad. Nov. 18. c. 8. & Nov. 107 junctâ Auth. si modo. C. famil. ercisc. & Auth. quod sine. & Auth. hoc inter liberos. C. de testament.

SUMMARIA.

1 *Testamenti parentum in liberos privilegia magna quoad ipsos liberos.*
2 *Quid per Novellas mutatum: & in specie per Nov. 107. & Authent. Quod sine. C. de testament.*
3 *Scriptura aut subscriptio certa patris, & nonnunquam subscriptio liberorum, in Testamento patris inter liberos requiritur.*
4 *Tempus etiam adscribendum a patre inter liberos testante.*
5 *Testamentum inter liberos non per notas, sed integris dictionibus per scribendum.*
6 *Notarum in scribendo usus apud veteres.*
7 *A Justiniano tàm in legibus, quàm in Testamentis & Instrumentis aliis, prohibitus.*
8 *Notæ numerales, vel ziphra, legata hodiè non impediunt: nisi obscura aut inconsueta.*
9 *Nomina liberorum, & quantitas nunciarum, a patre inter liberos testante exprimenda.*
10 *Quid per Authent. Hoc inter liberos. C. de Testam. ex jure veteri immutatum.*
11 *Testamentum inter liberos, non aquè ac alia, per posterius testamentum rumpitur: nisi si inserta clausulæ derogatoria.*
12 *Testamentum inter liberos minùs infirmatur posteriore testamento, quam militare testamentum.*
13 *Testamenti inter liberos privilegia quædam alia, sec. DD.*
14 *De variis quæstionibus circa hanc materiâ, remissivè.*
15 *Dispositio patris inter liberos, per actum inter vivos*

ter vivos facta, tantùm in vim ultimæ Voluntatis valet.

6 *Quæ de testamentis parentum inter liberos constituta sunt, non habent locum in testamentis liberorum inter parentes.*

RIrusquam pergamus in materiâ testamentorum, illud admonendi sumus non valdè multa Justinianum in Novellis immutasse de testamentorum jure generali, quod anteà erat receptum: tantùm de testamento parentum inter liberos nonnihil prioribus addidisse. Quæ ut intelligantur tantò pleniùs; pauca sunt præmittenda: & illud quidem inprimis; † quòd magna sint in jure nostro privilegia, non solum testamenti militaris, de quo videre est *l. 1. ff. & C. de milit. testam. & Instit. eod. tit.* ubi inprimis diligenter de eo tractat Vigilius: neque solùm testamenti rusticani, de quo agit *l. ult. C. de testam.* (quibus addiderunt Doctores multa privilegia circa testamentum tempore pestis factum: de quibus integrum tractatum scripsit Franc. Ripa) sed etiam testamenti paterni inter liberos de quo hîc potissimum agendum est. Nam defuncti parentis dispositio quælibet, sive sit testamentum cœptum tantùm necdum impletum, sive codicillus, sive Epistola sive quæcunque alia scriptura, quamvis omni legum solennitate destituta, custodienda est, quoad liberos. *l. ult. C. famil. erciſc. l. 21. hac consultissimâ. § ex imperfecto. C. de testam.* Ratio est: quia pater optimum consilium pro liberis suis capere intelligitur: cum nullus sit affectus, qui vincat paternum, *l. 22. nec in ea. §. ult. ff. ad L. Iul. de adult. l. fin. in pr. C. de curat. fur. & c. l. 8. § fin. ff. quod metu causa. cum similibus.* Reddunt Dd plerique etiam illam rationem, quia in testamento paterno inter liberos tantum sit attendendum jus gentium, non autem jus civile, ex quo jure civili solennitates testamentorum introductæ sunt. Ita Johan. Sichardus *in Auth. quod sine. C. de testament.* & Mynsingerus *responso 79. n. 4. & trib. seqq* & Hieronym. Schurffius *consi. 28. & 39. centur. 2.* Sed bene notanda est, illa, quam dixi, restrictio: *quo ad liberos* custodiendâ esse hanc imperfectam dispositionem paternam. Aliud enim est, Jure Codicis, si extranea persona aliqua sit admixta liberis, & eadem ultima voluntate simul comprehensa. Nam quo ad illam, pro nulla habetur ea voluntas. *d. l. ult. & d. l. 21. §. ex imperfecto.* & merito quidem, quia non eodem privilegio gaudere debent extranei, quo liberi. Excipiuntur tantùm propinqui parentis defuncti: Item uxor & alumnus: & aliæ personæ, quibus verisimile est, testatorem voluisse omnimodo præstari relicta sive adscripta. *argum. l. 38. in testamento, ff. de fideicom. libert. & not.* Cujac. *ad N. v. 107. pag. 335.*

2 His præmissis, † nunc videamus quid de hoc jure mutaverit vel correxerit
3 Justinianus in Novellis. Itaque hæc fere constituit *in d. Nov. 107.* 1. † ut pater, vel ipse scripserit, vel ab alio scriptum saltem subscripserit, & ut constet, illam esse ipsius scripturam: Item ut schedæ paternæ continenti divisionem bonorum inter liberos subscripserint liberi *Auth. si modò. C. famil. erciſc.* Johan. Sichard. *ad Auth. quod sine. C. de testam. n. 5. & in fin. n. 1.* Ratio est ut excludantur fraudes, quibus alioqui testamenta possent esse obnoxia. Et hanc dispositionem paternam vult Novella valere non tantùm inter liberos, sed etiam quoad personas,

Digitized by Google

perſonas extraneas, ſi quibus forte relicta fuerint à patre legata, fideicommiſſa, libertates, &c. Quid ſi ſcriptura illa, quæ profertur, nec habet teſtes, negetur eſſe patris, vel ab eo ſubſcripta? Et hoc caſu requiruntur teſtes ad minimum duo, qui probent ſcripturam hanc eſſe patris, ut vult Gloſſa: Imò qui etiam viderint parentem iſta ſcribentem: ut vult Sichardus *d. loco num. 2.* per doctrinam Alexandri notabilem *conſil. 123. vol. 1. & conſil. 76. vol. 3.*

Deinde conſtituit, † ut qui inter liberos teſtari vult aſſcribat tempus: id eſt, 4
diem & conſulem, ut olim dicebant, ſive, ut nos hodie, Annum Chriſti & diem menſis. Solet etiam exprimi annus Imperii cujuſque Imperatoris, ſed hoc tantùm in ditionibus imperio ſubjectis. Ratio de tempore ſubſcribendo, hæc eſt, quia niſi hoc fieret, non poſſet conſtare, duobus fortè repertis teſtamentis paternis, utrum eſſet altero prius, ſive antiquius, vel poſterius, ſive recentius: & proinde neſciretur quodnam valere debeat. Ita rectè Sichardus *ad d. Authent. quod ſine n. 5.*

Præterea, † circa ſcripturam teſtamenti inter liberos conſtituit Imper. ne 5
adhibeantur notæ, ſed ut omnia integris dictionibus perſcribantur. Quod ut intelligatur ſciendum eſt, † ſolere veteres multa & in inſtrumentis & in ipſis 6
quoque legibus ſcribere, non ut per conſequentiam litterarum integris vocabulis omnia exprimerent, ſed notis quæ & *ſigla* vocabant, quaſi *ſingula*, à literis videlicet ſingularibus, quæ totas denotabant dictiones, per compendium ſcribendi; quibus ferè ſimiles ſunt noſtræ, quas vocamus, abbreviaturæ. Talium notarum libelli, Valerii Probi, & Magnonis (qui vixit tempore Caroli Magni) aliorumque etiam hodiè extant comprehenſi in voluminibus veterum Grammaticorum, editis à Dn. Gothofredo & Elia Putſchio; quam compendiariam rationem per notas ſcribendi excogitaſſe perhibetur Ciceronis libertus doctiſſimus, Tyro Tullius (quem Cicer dilexit tanquam filium, & pro canone ſuorum ſcriptorum habuit) atque inde etiam Notarii ſunt appellati: de quorum ſcribendi celeritate memorabilis eſt verſus Auſonij:

Nondum lingua ſuum, dextra peregit opus.

Sed † quia hoc ſcribendi genus fallax & lubricum erat, dum videlicet alius 7
aliud legebat, unde materia litium naſcebatur: ut iſtis ambiguitatibus occurreret Juſtinianus, prohibuit notarum & ſignorum, vel ſiglorum uſum, tàm in legibus & conſtitutionibus, quàm in teſtamentis, quàm denique in aliis inſtrumentis. De legibus extat ipſius prohibitio, *initio corporis juris, de emendatione Cod. & alibi.* De teſtamentis inter liberos eſt *hæc Nov. 107. & Auth. inde ſumpta.* De alio quovis teſtamento, eſt lex, *l. ſed cum patrono, § ult. ff. de bonor. poſſeſſionibus.* Excipitur teſtamentum militis, quod etiam notis ſcriptum valet; ut eſt in *l. Lucius, ff. de milit. teſtam.* De aliis inſtrumentis, dicemus infrà *parte decima, ubi de judiciis & probationibus.* De Baſilio quidem Macedone, qui fuit pater Leonis Novellarum autoris ſcribit Cedrinus Hiſtoricus, eum omnes numeros, in quibusvis inſtrumentis prohibuiſſe; ſicut ex illo Græcorum Annalium ſcriptore *hic* annotavit Cujac. *ad d. Nov. 107.* quæ conſtitutio Baſilij, ſi in uſum forenſem recepta fuiſſet, faceret pro ſententia Cyni & Bartoli quî putârunt, † talem 8
ſcripturam

ſcripturam non valere, ſi pater filio legaturus mille, vel quingenta, vel centum &c. non ſcribat eam ſummam integra dictione numerali: ſed ponat, verbi gratia, M. vel D. vel C. &c. vel etiam ziphras, ut vocantur, verbi gratia. 1000. 500. 100. Cujus contrarium probavit Baldus: dummodò notæ, quibus teſtator uſus eſt, ſint conſuetæ: quia ut ubivis, ita etiam in teſtamentis conſideratur conſuetudo: idque verius cenſet etiam Sichard. *ad d. Auth. quod ſine. n. 4 in fine.* limitans tamen hanc ſententiam, ut non procedat, ſi ſigna vel notæ teſtamento inſertæ, eſſent obſcuræ vel inconſuetæ Pro hac ſententia etiam facit conſuetudo. Tametſi conſultius ſit, ut ſummæ integrè, non per ziphras aut ſigna ſcribantur: propter errorem, qui facilè admittitur in notis numerorum: vel etiam ad evitandas falſitates.

9 Requirit † inſuper Imperator, ut & nomina liberorum à patre exprimantur, & numerus ſive quantitas unciarum, id eſt, ex quota parte quisque hæres inſtituatur. Hæc ferè ſunt capita *Authenticæ. Quod ſine.*

10 Sequitur altera, † quæ incipit. *Hoc inter liberos*: quæ tota agit de teſtamen-
11 to inter liberos tollendo. Notiſſimi † juris eſt prius teſtamentum infirmari per poſterius: eſt enim voluntas hominis ambulatoria id eſt, variabilis & mutabilis, usque ad extremum exitum. *l. 4. ff. de adim. legat. l. 32 § 3. ff. de donat. inter vir & uxor. l. 22. ff. de leg. 3.* Et poſterior voluntas, ſicut alibi verbi gratia, in legibus, in pactis, in contractibus, in donationibus cauſa mortis, &c. Ita hîc quoque habetur potior, & derogat prioribus, quæ anteà placuerunt. Atque hanc mutandi teſtamenti ſui facultatem nemo ſibi ipſi ullâ ratione adimere & præcidere poteſt (ne juramento quidem, quia teſtamentum hoc habet de ſui naturâ ut ſit mutabile. Igitur eſt cõtra bonos mores.) quod latiùs explicatur *in § poſteriora quoque. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* Si tamen priori teſtamento inſerta ſit clauſula, derogatoria, hoc eſt, ſi dixerit teſtator, *teſtamentum quodcunque in poſterum facturus ſit, valere non debere, &c.* Poſterius teſtamentum non aliter infirmabit prius, quàm ſi illi quoque derogatoriam clauſulam teſtator inſeruerit: dicendo nimirum, *ſe poſterius hoc teſtamentum valere velle, non obſtante eo, quod priùs aliter fuerit teſtatus clauſula in futurum derogatoria: Jam enim ſe illud teſtamentum revocare.* Unde intelligimus clauſulam derogatoriam eſſe duplicem, aliam in futurum, aliam in præteritum conceptam, videatur hac de re Jul. Clarus *in § teſtamentum, quæſt. 99.* & Sichard. *ad Auth. Hoc inter n. 2.* Sed teſtamentum inter liberos hoc habet peculiare, tributum ſibi ob favorem liberorum, ut prius teſtamentum per poſterius non tollatur, niſi huic ſolenniter coram ſeptẽ teſtibus confecto, inſeruerit teſtator clauſulam derogatoriam in hanc ſententiam: *derogare ſe omnibus aliis teſtamentis, & inprimis illi, quod inter liberos antea fecerit.* Videatur Sichard. *d. loco. n. 3.* Hinc colligunt DD. teſtamento inter liberos priori ineſſe tacitam clauſulam derogatoriam futurorum: de quo ipſorũ axiomate videatur Pariſius *conſi. 24. n. 10. vol. 1.* ſicut etiam eidem hanc vim tribuunt, ut qualitercunque factum ſit, ſemper in ſe contineat tacitam clauſulam codicillarem: videlicet, quod pater velit teſtamentum ſuum valere, omni meliori modo, quo valere poteſt, Sichard. *d. loco. n. 4. & 5.* & Mynſinger. *reſponſo 79. nu. 45.*

cui ta-

Digitized by Google

cuitamen pervulgatæ ſententiæ contradicit Giphan. *ad l. fin. C. de Codicill.* & putat per *l. 41. coheredi, §. cum filia. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* qua potiſſimum nituntur Dd. ipſos potiùs refelli: ſicut ibidem alios quoque caſus, quibus Dd. tacitam clauſulam codicillarem ineſſe volunt, in dubium revocat. Quid ſi teſtamentum poſterius favorabilius ſit priori, & utilius liberis? hoc caſu putat Baldus *in l. ut liberis. C. de collat.* & probat Sichard. *hîc num. 7.* teſtamentum poſterius etiam imperfectum, ſive non ſolenne priori prævalere. Nam *Auth.* (quæ requirit, ut teſtamentum poſterius, quo abrogari debet prius, ſolenne ſit) intelligendam eſſe de teſtamento poſteriore facto inter extraneos, non inter liberos.

Hîc † obiter notanda eſt differentia inter teſtamentum paternum inter liberos, & inter teſtamentum militare. Utrumque ſanè eſt privilegiatum, ſed alterum magis nam teſtamentum inter liberos imperfectum non infirmatur per poſterius æquè imperfectum, ut modò dictum: ſed militare teſtamentum imperfectum, infirmatur per aliud poſterius impetfectum intra annum miſſionis, *l. eius militis §. ſi miſſus militia. & l. in fraudem § ſicut, ff. de teſtam. milit.* quod diſcrimen annotavit & Sichard. *ad d. Auth. Hoc inter, n. 7.* & Cujac. *add. Nov. 107. inf.* 12.

Atque hæc ferè ex *d. Novell.* & *duarum Authenticarum* textibus, deducta ſunt hactenus.

Porrò † volunt DD. qui in hoc argumento tanquam favorabili, ſatis liberales fuerunt, hujusmodi teſtamentum etiam coram duobus teſtibus fieri poſſe: Item non requiri ut ſint rogati, ſicut aliâs teſtes ſpecialiter rogari debent, ut teſtamento adſint; ſed hîc etiam ſufficere fortuitos: Item poſſe etiam mulierem eſſe teſtem in teſtamento paterno inter liberos: Item non requiri teſtium ſubſcriptionem, vel ſubſignationem ſive ſignaturam: Item, non eſſe neceſſariam teſtatoris ſubſcriptionem: Denique etiam nutu factam inter liberos diſpoſitionem valere, &c. Quorum tamen quædam non facile recipienda ſunt, (verbi gratia quod de nutu dicunt, ſic etiam de ſubſcriptione patris, &c.) 13

Agitantur † autem circa hanc materiam nobiliſſimam teſtamenti imperfecti inter liberos, plurimæ quæſtiones: quarum duntaxat aliquas breviter attingam: pleras que enim videre licet pleniùs pertractatas apud Julium Clarum *in §. teſtamentum, quæſt. 8. 9. 10. 11. 12. 13. & 14* & Andr. Fachinæum *lib. 4. controverſ. jur. cap. 1. & aliquot ſeqq. usque ad 8.* Vide etiam Hotomannum *conſil. 55. & ſeqq.* & Hartman Piſtor. *lib. 1. quæſtio. jur. quæſt. 2.* Nonnulla etiam habet Giphan. *in comment. ad difficiliores leges Codicis.* Quæritur ergò, an imperfectio illa ſit tantùm ratione ſolennitatum accipienda, an verò etiam ulteriùs extendenda: qua de re videatur & Cujacius *conſultatione prima*, quam ſibi refutandam ſumpſit Fachinæus. Item, an diſpoſitio de imperfecto teſtamento inter liberos intelligi debeat tantum de ſcripto an verò etiam de nuncupativo. Item, an teſtamentum illud inter liberos vitietur præteritione alicujus ex numero liberorum, de qua quæſtione videatur etiam Regnerus Sixtinus conſiliarius Landgravij Haſſiæ *conſi. 19. n. 5. 17. 18. 19. & 41. vol. 2. conſiliorum Marpurgenſium.* Item an liberorum appellatione hîc veniant etiam ij, qui non ſunt legitimi, ſed naturales tantùm, vel etiam Spurij, de qua quæſtione latè agit Hieron. Schurff. *conſi. 57. cent. 3.* & de ea- 14

dem extat Decisio Antonini Tessauri 94. ubi negativam, velut communem & veriorem scribit à Senatu Pedemontano in Sabaudia approbatam fuisse. Item, an voluntas patris inter liberos minus solennis & imperfecta pertineat ad causam testati, an ad causam intestati? Accursius putat pertinere ad causam testati. Sed de his & similibus quæstionibus ad autores suprà laudatos remisisse sufficiat.

15 Quæritur † etiam de eo: quid si pater inter liberos non per ultimam voluntatem, sed per aliquem actum inter vivos dispoſuisset de bonis suis? Et respondetur posse quidem hoc patrem facere: sed tamen eiusmodi dispositionem duntaxat valere in vim ultimæ voluntatis: proindeque revocari posse quantumvis jurejurando esset confirmata & consensu liberorum approbata: ut pulchrè docet Parisius *consil. 24. num. 21. cum duob. seqq.* item *num. 60. & septem seqq. volum. 2.*

16 Postremò † quæritur vice versa, an quæ disposita sunt de testamentis parentum inter liberos, valeant etiam vicevers a in testamentis liberorum inter parentes? Tametsi autem Anton. de Butrio *consi. 15. n. 1. & seq.* putat, testamenta liberorum erga parentes ad paria judicari cum testamentis parentum erga liberos: tamen magis probo contrariam sententiam, negativam. Etsi enim correlativa sunt parentes & liberi, & disposita de uno correlativorum, etiam de altero intelligenda sunt, *arg. l. un. C. de ind. vid. toll.* hoc tamen non est perpetuum, & sæpè longè alia ratio est unius ex correlativis, quàm alterius: verbi gratia, pater habet liberos in potestate, Ergo etiam liberi patrem &c. Non sequitur.

CAP. III.

De Inofficioso Testamento, & de causis legitimis exheredationis. Ad Nov. 115. c. 3. & 4. junctâ Auth. Non licet & Auth. Ex causa C. de liber. prater. nec non Authent. In testamento, C. ad SC. Tertull.

SUMMARIA.

1 *Ratio coharentiæ.*
2 *Querela inofficiosi primùm in liberorum gratiam introducta, deinde ad parentes atq; fratres porrecta.*
3 *De centum-viralibus iudiciis.*
4 *In l. 7. ff. de bon. damnat. legendum* Meritis, *non certis.*
5 *Causa exheredationis olim arbitraria, hodiè certa.*
6 *Quid per Nov. 115 ex iure veteri immutatum sit.*
7 *Propositio dicendorum.*
8 *Regula, de exheredatione parentum liberorumque.*
9 *Ratio regulæ.*
10 *De numero causarum exheredationis, remissivè.*
11 *Causæ exheredationis fratrum aut sororum.*
12 *Cur plures causæ exheredationis in liberos quam parentum personâ?*
13 *Hæresis, causa exheredationis postrema.*
14 *Hæretici quinam censendi.*
15 *Ob religionis in Imperio permissæ diversitatem exheredare non licet.*
16 *Exheredatio an ob causas pares aut maiores, quàm sunt ea quas Nov. 115. exprimit fieri possit?*
17 *Ob nuptias sine consensu parentum contractas exheredari liberi non possunt.*
18 *Dilapidatio bonorum non est sufficiens causa exheredationis.*
19 *Reconciliatio secuta exheredationem impedit.*

Digitized by Google

dle.

20 *Exheredationis causa in testamento exprimenda.*

21 *Ratio, cur olim exheredationes sine causæ expressione valuerint, hodie non valeant.*

22 *In exheredatione favorabilis causæ expressio non est necessaria.*

23 *Filio exheredationi consentiente, non est necesse causam nominatim inseri testamento.*

24 *Ingratitudinis probatio heredi non exheredato incumbit: secus quam olim.*

25 *Causis pluribus expressis unam probari sufficit.*

26 *Herede non probante, exheredatio pro nullâ habetur.*

27 *Ex causâ exheredationis & præteritionis, earum quoad institutionem testamentum rescinditur, non etiam quoad alia secus quam olim.*

28 *L. 28 ff. de inoff. testam.*

29 *Impp. interdum præter & contra rationem iuris constitutiones edunt ex æquitate.*

30 *Quid si pater ignorans se filios habere, alios instituerit, aut legatis fideive commissis honeret, it?*

31 *De præteritione postumi ignoranter factâ, remissivè.*

32 *Auth. Ex causa an habeat locum, si filio præterito aut exheredato extraneus heres sit institutus in re certâ?*

33 *An legata & fideicommissa, testamento sic quoad institutionem rescisso, petenda sint ab intestato an verò ex testamento?*

34 *An Nov. 115 sive Auth. ex causâ, locum habeat, etiam in præteritione paternâ?*

35 *An testamentum ex causâ exheredationis sit nullum? remissivè.*

36 *Legitima hodie solo institutionis titulo relinquenda.*

37 *Nisi non testamento relinquatur.*

38 *Quid si cui minus legitimâ relictum sit titulo institutionis?*

39 *An & parentum legitima solo institutionis titulo relinquenda sit?*

40 *Quando institutionis titulo aliquid relictum videatur?*

41 *Exheredatio filii an valeat, institutâ Ecclesiâ?*

42 *De exheredatione plura, remissivè.*

43 *Exheredationis species quatuor, ad legitimam dicitur, moribus nostris receptæ.*

QUoniam † interdum fit, ut parentes non ex officio pietatis faciant 1
testamenta, & injuriam inducant adversus liberos suos malignè versantes circa sanguinem suum: quam ad rem sæpè impelluntur instigationibus novercarum, vel vitricorum: quæ testamenta appellantur *inofficiosa* (Suetonius etiam *ingrata* vocat in Nerone & Caligula; Cicero verrina. 1. etiam *improba* & *inhumana*) quæ quidem subjacent querelæ inofficiosi: ut videre est, *l. 1. 2. 3. 4. 5 & t. t. ff. de inoff. testam. & C. eod.* & apud Paulum *lib. 4. sentent. tit. 5.* & apud Plin. *lib. 6. epist. 33.* Item apud Valerium Maxim. *lib 7. c. 7.* Ideò superiori tractationi de testamentis parentum inter liberos rectè atque ordine jam proximè subjiciemus ea, quæ de causis exheredationis sunt in Novellis constituta. Nam ad excludendam querelam inofficiosi requiritur, ut testator justam habuerit exhæredationis causam, sive pater aut mater liberos, sive filius patrem aut matrem ab hæreditate sua excludere velit. Est quidem † primariò querela introducta in gratiam liberorum: ut apparet ex definitione inofficiosi testamenti apud Paul. *d. loco*; sed tamen per consequentiam producta quoque fuit tandem ad parentes, & fratres ac sorores certis duntaxat casibus. Sed quænam essent satis graves atque idoneæ causæ exhæredationum, vel quæ non essent sufficientes: olim nulla certa lege aut definitione comprehensum erat: sed totum hoc negotium erat positum in arbitrio centum virorum. In † centumviralibus enim judiciis ut aliæ graves causæ, sic etiam testamentariæ & he- 2

reditariæ diſceptari ſolebant: unde intelligitur, quod Valerius Maximus ſcribit *d c.7 n.1. cum improbiſſimis hæredibus de paternis bonis apud centumviros contendit.* Ac fit mentio centumviralis judicii etiam à Scævola *l.13. Titia. ff. de inoff. teſtament.* Idem Valer. *c.8. ſvenlt. Haſtæ judicium* vocat ſemel atque iterum: ex eo ſcilicet quia centumviri haſta in terram defixa judicabant, & fit mentio haſtæ in re judiciaria etiam à Pomponio *in l.2. ff. de origine. Iuris.* ſic etiam Juſtinianus centumvirorum meminit *in l.4. maximum vitium. C. de liber. præter.* videatur etiam Cujacius de centumviris *ad Nov.18 pag.129.* ubi † rectè animadvertit *in l.7. in pr. ff. de bon. damnat.* in Pandectis Florentinis legi: *meritis de cauſis ſubmoveri à ſucceſſione:* ubi vulgò malè legitur, *certis de cauſis*; cum certum † ſit tempore Pauli, cujus ea *l.7.* eſt, nondum fuiſſe cauſas certas exhæredationum. Quia verò Imperator noſter commodius eſſe putavit, cauſas illas ex arbitrariis facere certas, placuit ei numero definito eas includere *in Nov. ſua 115.* Itaque † inſignis hîc facta eſt per eum juris innovatio; quæ his ferè quinq; capitibus continetur: 1. quod certus ſit numerus cauſarum ingratitudinis, ob quas exhæredatio fieri poteſt, ita ut metuendum non ſit, ne per querelam impugnetur vel evertatur teſtamentum. 2. quod eas cauſas teſtator exprimere debeat nominatim in ſuo teſtamento, quod eſt facere exhæredationem cum elogio. 3. quod hæredi ſcripto incumbat probatio, ut doceat apud judicem, filium exhæredatum fuiſſe ob juſtam & legitimam cauſam, ſive illud elogium, cum quo facta eſt exhæredatio eſſe verum: verbi gratia, ſi pater dicat, quia me filius verberavit ex hæres eſto &c. 4. quod teſtamentum per querelam reſciſſum, quia ſc filius iniquè in eo exhæredatus erat, non in totum reſcindatur, ut olim: ſed tantùm, quoad inſtitutionem: valeat autem quoad cætera capita, puta quoad legata & fideicommiſſa, & tutelas, & libertates. Hæc enim ferè ſunt, quæ in teſtamento ſcribi ſolent ultra hæredis inſtitutionem, quæ ſola abſoluit teſtamentum, eiusque eſt caput & fundamentum, §. *Ante Inſtitut. de legat.* 5 Quod portio legitima hodiè tantum inſtitutionis titulo ſit relinquenda in teſtamento: nec ſufficiat ſi filius, vel cui præterea debetur legitima eam habeat ex alio aliquo titulo puta legati, fideicommiſſi, donationis cauſa mortis, &c. De his † igitur quinque capitibus ordine, ſed breviter, videbimus. Deinde nonnullas etiam quæſtiones quæ circa hoc argumentum moveri ſolent, attingemus: de quibus remittam vos ad autores, qui uberius eas ſunt perſecuti.

Ad primum quod attinet, priusquam enumerem cauſas ingratitudinis, quæ ad exhæredationem ſufficiunt, notanda eſt regula † bimembris: neq; parenti licere unum ex liberis, neq; univerſa filio, filiæve, nepoti vel nepti, &c. licere unũ ex parentibus excludere à ſucceſſione, id eſt, exhęredare aut præterire in ſuo teſtamento ſine cauſa ingratitudinis ex earũ numero, quas nova conſtitutione ſua Juſtinianus expreſſit, *Auth. nõ licet. C. de liber. præter. & Auth. in teſtamento C. ad SC. Tertull.* quarum prior agit de teſtamentis parentum, altera de teſtamentis liberorum. Utraq; verò ex una eademque *Nov. 115.* deſumpta: ſed celebrior eſt illa *Authent. non licet.* Vocavi regulam bimembrem: quia tàm de teſtamentis parentum, quàm de teſtamentis liberorum in ea agitur. Poſſunt enim

enim etiam liberi certis quibuſdam caſibus teſtari, tàm qui in poteſtate ſunt quàm emancipati; ſed hi de pluribus, illi verò tantùm de caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus bonis, ut notum eſt *ex Inſtitutionibus, titul. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.* Dixi in regula, non *patri*, ſed PARENTI, ut complecterer etiam matrem, imò etiam avum maternum, & cæteros in linea materna aſcendentes: Nam & matris, & avi materni, & cæterorum, præteritio ac ſilentium pro exhæredatione eſt: & tantum facit, quantum exhæredatio patris, vel avi paterni: ut eſt §. *ult. Inſtitut. de exhared. liberor.* Quo modo etiam ſilentium militis, ſcientis ſe habere liberos, & tamen eos prætereuntis, id eſt, neq; inſtituentis, neque exhæredantis, valet pro exhæredatione nominatim facta. § *pen. Inſtit. d. t. de exhared. liberor.* Ratio † regulæ; de liberis quidem, cur 9
eos ſine cauſa exhæredare non liceat, eſt: quia his ratio naturalis, tanquam lex quædam tacita (non ſcripta, ſed nata, inquit Cicero *pro Milone*) addicit bona parentum. *l. 7. ff. de bon. damn.* Imò liberi etiam vivis parentibus quodammodo domini bonorum exiſtimantur. *l. 11 in ſuis. ff. de liber. & poſthum.* Jam autem nemini debet jus ſuum invito & immerenti ſine cauſa eripi, vel auferri; neà ſummo quidem principe. *arg. l. id quod noſtrum. & ibi not. a Dd. Decio, Cagnolo & aliis. ff. de Reg. Iur.* De parentibus verò hæc eſt ratio: quia quamvis non ſic ipſis debeatur hæreditas liberorum, ſicut liberis parentum: qui omnia quæ ſua ſunt, liberis potiùs ſuis ex voto parare ſolent, ut eleganter ait Tryphoninus *l. 50. nihil intereſt. § ſed num quid. inf. ff. de bon. libert.* tamen ordine mortalitatis turbato præmortuis fortè liberis ratio miſerationis eos quoque ad bona liberorum admittit: ut ſcilicet habeant aliquod ſuæ orbitatis ſolatium. Videantur textus elegantiſſimi *in l. 15. nam etſi in pr. ff. de inoffic. teſtam. & l. 7. ſcripto. ff. unde liberi.* Cur autem Imperator voluerit certum eſſe numerum illarum cauſarum, quæ ad exhæredationem ſatis graves atque idoneæ videri debeant; nec ampliùs ab arbitrio judicantium eas ſuſpenſas eſſe: ratio ſumenda eſt ex hoc principio politico Ariſtotelis, (eſt locus *in Rhetoricis lib. 1. capit. 1.*) *præſtat enim, quantum omnino fieri poteſt, legibus omnia definire, quàm judicis arbitrio multum permittere*: cùm lex immota ſit juſtitiæ regula, unâque & communi voce cum omnibus loquatur, ut verbis utar Ciceronis: Sed Judex ſit homo affectibus ſæpè obnoxius, qui rationem rectam in tranſverſum arripiunt & obfuſcant. Et ſanè credibile eſt, dum cauſæ exhæredationis erant in arbitrio centumvirorum, ſæpè non æquiſſimas ſententias fuiſſe dictatas ſuper teſtamentis & exhæredationibus: quæ res Imperatorem ad hanc conſtitutionem promulgandam impulerint.

Jam ad ipſum † cauſarum numerum, quod attinet, in perſona quidem li 10
berorum, hoc eſt, cur illi à parentibus ſuis juſtè exhæredari poſſint, ita, ut non habeant querelam inofficioſi ad reſcindendum teſtamentum, cauſæ ſunt quatuordecim. In perſona verò parentum, cur hi à liberis jure poſſint exhæredari, vulgò ſeptem numerantur, à Schneidewino octo, à Giphanio ſex. Cùm autem nihil ferè habeant difficultatis, & lectione magis quàm explicatione, vel commentario opus habere videantur: nolo illis prolixè recenſendis tem-

pus cum tædio consumere. Videantur in ipso textu *Novel. 115.* & apud Julianum *in Epitome*: Item apud Schneidew. *in t. de exhæred. libr. Inst. in Rubrica n. 13. & 20.* Denique apud Johan. Sichardum *ad Authent. non licet. n. 3. 5. & 6. Item n. 9. & sex seqq.* Extant etiam comprehensæ illæ causæ certis versiculis, quos videre licet *in gl. ad fin. t. Institut. de inoffic. testam.* & aliis carminibus easdem causas inclusit Clarissimus vir Johan Sambucus, Historicus Cæsareus post Emblemata sua. Germanicè si quis eas rotundè expressas videre desiderat, is legere poterit Reform. Norib. *t. 29. l. 4. & l. 7.* ubi tamen hic numerus causarum tàm in parentibus quàm in liberis nonnihil est decurtatus: Nam in parentum persona tantùm decem ponuntur, in liberorum sex. Videatur etiam Andreas Perneder *ad tit. de exhæred. liber. in paraphrasi sua Germanica Institutionum Iuris.* Quæ-
11 ritur † de causis, propter quas frater vel soror, à fratre vel sorore exhæredari possit? de his agit Imperator *in Novel. 22. §. ingratitudinem.* Exque tres causæ videantur apud Sichardum *ad d. Auth. non licet. n. 17.* & apud Schneidew. in *n. 25. d. tit. de exhæred. liber.*

12 Quæritur † autem quid causæ sit, cur plures sint causæ exhæredationum in persona liberorum, quàm vel parentum vel fratrum? & non ineleganter Jason hanc allegat rationem: quia amor descendat non ascendat. & plura etiam debeantur parentibus à liberis &c. de quibus etiam videri potest Schneidew. *ad d. t. n. 21. & seq.* Per hanc igitur Novellam abrogatæ sunt omnes aliæ causæ anteriores, quæ sæpè fuerunt non magni momenti, & aliquæ extant etiam in Pandectis & Codice.

13 Illud † memorabile est, in dictis Catalogis postremo loco inter causas ex-
14 hæredationis referri *hæresin.* Qui autem sint † hæretici, melius intelligitur ex oppositio membro, cùm contraria inter se opposita, se mutuo declarent. Opponit igitur Imperator inter se, ab una quidem parte eos, qui sunt *orthodoxi*: (ita loquitur) hoc est, ut ipse explicat, qui communicant Ecclesiæ Catholicæ: qui colunt religionem Catholicam: qui amplectuntur ac recitant Symbola quatuor Synodorum Oeconomicarum: de quibus suprà *parte prima* egimus, *cap. de Conciliis.* Ab altera verò parte collocat eos, qui non sunt Catholicæ fidei, nec in Ecclesia Sacrosancta, in qua prædictæ quatuor Synodi recitantur, communicant; sed ab Ecclesia separati sunt. Quam hæreticorum descriptionem Justinianeam, si sequamur, multos hodiè crimine hæreseos absolvemus, qui tamen à malè feriatis hominibus, pessimis sæpè modis diffamantur ac traducuntur. Ac valdè mihi placet illa moderatio Nobilissimi Dn. Beustii, cuius verba libens recitabo, *ex tract. de matrimon. c. 37.* Ait igitur: *magna prudentia & discretione opus est in discernenda hæresi, præsertim in hoc exulceratissimo sæculo, & quorundam Theologorum invidiosissimis disputationibus in causis religionis. Religio consulenda est sacra scriptura, & in timore Dei cum judicio legenda & examinanda.* Et initio eiusdem capitis ait: *Inter infideles non esse numerandos aut computandos eos, qui in uno aut altero Christianæ religionis argumento dissentiunt: & tamen nihilominus in fundamento Christianum dogma profitentur, &c.* Quæ cùm ita sint,
15 † in Camera Imperii non admittitur causa exhæredationis propter diversita-

tem

tem religionum, quæ est in Imperio Germanico, v. g. si pater Romanam religionem professus, filium propterea velit exhæredare, quod is confessionem Augustanam sequatur, aut viceversa si filius patrem, &c.

Quæsitum est † autem jam olim, & adhuc sub judice lis est, an possit etiam 16
fieri exhæredatio ex alia quapiam causa, quæ non sit ab Imperatore expressa *in d. Novel. 115.* cùm tamen sit vel par, vel major? Martinus & alii eum secuti negant: Alii ajunt. Videatur latè Jason. *in d. Authent. non licet, & Auth. ex causa:* & ex recentioribus Andr. Fachin. *libr. 6. Controvers. Iur. capit. 78.* ubi affirmativam judicat & receptissimam esse & verissimam: In qua sententia ante ipsum quoque fuerunt Jul. Clarus *in §. testamentum, quæst. 41.* Johan Sichard. *ad d. Auth. non licet. C. de liber. præter. num. 7.* Allegans & Baldum *in cap. 1. §. sed quia natura. titul. quæ fuit prima causa benef. amitt. libr. 2. Feud.* allegans quoque Gulielmum de Cuneo & Alexandrum: In eadem sententia est etiam Johan. Schneidew. *ad tit. de exhæredat. liberor. in pr. num. 14. cum duobus seqq.* ubi etiam videri potest *apostilla sive additio ad litteram C.* Sed Viglio Zuechemo *ad §. ult. Instit. de exhæred. liber. & ad § pen. Instit. de inoffic. testam.* magis placet altera opinio: sicut & Giphanio nostro *in Commentario C. ad d. Authent. non licet.* ubi pro sententia hac negativa quatuor adfert fundamenta. In eo † tamen plerique 17
conveniunt: quòd non possit filius vel filia exhæredari hanc ob causam, quia matrimonium contraxerit sine consensu parentum, de quo videatur & Bartolus *consil. 161.* & Johan. Sichard *consil. testamentario 4.* Sic † quoque non 18
est sufficiens causa exhæredationis simplex dilapidatio bonorum, quam facit filius: ut docet Schurff. *consil. 97. num. 5. cent. 2.* Quæ tamen ita à me dicta accipi velim, quasi patrocinium suscipiam liberorum adversus parentes immorigerorum aut luxuriosorum: sed ajo illos aliis remediis coërceri, vel etiam ad frugem reduci posse, etiamsi non statim exhæredentur. Hìc † illud probè 19
notandum, exhæredationem non rectè fieri ob causam quantumlibet veram: si reconciliatio fuerit secuta, & injuria sive ingratitudo remissa, ut latè probat Johan. Gœddæus *consil. 28. num. 111. in tertio volum. respons. Mar. n. 9.* & Tyber. Decianus *respons. 62. num. 34. & seq. volum. 3.* Idem Cacheranus *decis. 124. num. 14.* cui simile est, quod etiam injuriarum actio facilè aboletur vel dissimulatione vel condonatione: ut notum est *ex Instit. titul de Injur.* Sæpè autem ab injuriarum actione ad materiam exhæredationis & inofficiosi testamenti argumentum duci solet.

Venio † ad secundum caput, ex iis, quæ suprà proposui: nempe quòd testa- 20
tor debeat exhæredationem facere cum elogio, id est, expressione seu nominatione causæ in ipso testamento: quæ res adeò est necessaria, ut ea omissa testamentum fuit ipso jure nullum: quia forma deficiente actus corruit. Etsi autem ante Novellas quoque sæpè addebantur causæ exhæredationis: tamen non ita erat tunc necessarium hoc requisitum: ut taceam quòd propter causas multò leviores fiebant exhæredationes: quemadmodum etiam causæ divortiorum sive repudiorum olim erant multò plures, & interdum leviores: *quod suprà exposui sub alia parte.* Ratio † autem, cur olim etiam sine causæ 21
asseri-

assscriptione valeret exhæredatio paterna in liberos, erat summa vis patriæ potestatis. *arg. l. 11. in suis. ff. de liber. & posthum.* Per hanc itaque licebat illud quasi fulmen exhæredationis (ut loquitur Quintilianus) vibrare in filium familiàs, etiam non expressâ causâ, & summo stricto que jure valebat testamentum: tametsi contra illud ex æquitate quadam sive ex bono & æquo daretur querela inofficiosi: quo modo etiam injuriarum actio dicitur nasci ex æquo & bono. Ratio juris novissimi est: quia Imperatóri propositum fuit, omnibus modis restringere ac minuere facultatem exhæredandi: adeò ut non defuerint, qui sic æstimarent, Imperatorem per *Novellam suprà dictam 115.* ferè sustulisse omnem usum querelæ inofficiosi, de quo videatur Bartolus *ad §. aliud quoque in d. Novel. 115.* Hìc † minimè omittenda est exceptio, quam ex Bartolo retulit & probavit Johan Sichardus *ad Auth. non licet. num. 26.* nempe non esse necessariam causæ expressionem eo casu, quo fit exhæredatio in favorem & utilitatem liberorum: quod quomodo fieri possit, eleganter ibi declaratur: & dicitur à Juris-
22 consultis ista exhæredatio, fieri *bona mente*: sicut divortium aliquando dicitur bona gratia fieri: *quod suprà exposui.* Alia † quoque exceptio est, si filius consentiat in exhæredationem sui: *quod explicat idem Sichardus n. 27.*

24 Tertium † caput erat; probationem ingratitudinis, sive quod elogium sit verum, incumbere hæredi scripto. Hinc ait textus *d. illa Authentica, nisi is probetur ingratus*: *probetur*, scilicet judici, ab hærede instituto. Nam alioqui non esse, & non probari, paria sunt. Ante Novellas, Jure Codicis aliud fuit receptum, ut apparet *ex l. 28. liberi. C. de inoffic. testam.* nempe ut probatio incumberet liberis, qua docerent, se obsequium debitum parentibus jugiter adhibuisse. Cui non obstat *l. ultim. C. de secundis nuptiis*, neque *l. 22. si maritus.* & *l. 30. omni modo. vers. si tamen non ingrati. C. de inoffic. testam.* Nam res per distinctionem expediendæ erat: nempe ut si quidem testator expressisset causam exhæredationis, tum cogeretur hæres institutus probare ejus causæ veritatem: Sin autem non expressisset causam, tum liberis exhæredatis incumberet probatio, se obsequentes ac morigeros fuisse. Jure verò novissimo, cùm semper debeat exprimi à testatore causa ingratitudinis, *ut cap. 2. d. illum*: non est mirum, quòd etiam probatio specialiter ab hærede exigatur, non ab exhæredato. Accedit quòd præsumptio est pro unoquoque, eum esse bonum donec probetur malus, quæ præsumptio transfert onus probandi in adversarium, qui allegat & intendit aliquem esse malum. Præterea, nullum delictum præsumitur: omnis autem ingratitudo & injuria exhæredatione digna, est delictum quoddam, sive nominatim ac certum, sive incertum, & contra officium pietatis admissum. Atque hæ ferè sunt causæ, quæ probationem injungunt ipsi hæredi,
25 non filio, vel alteri alicui exhæredato. Circa †, hunc articulum probationis, quæsitum memini: quid juris sit, si testator plures causas exhæredationis expresserit, an, inquam, necesse sit ut hæres probet omnes esse veros, an verò sufficiat si probet unam illarum? Et hoc posterius est verum: atque ita deciditur ab ipso Imperatore *in d. Novel. 115. cap. 3. §. sive igitur omnes. & §. si tales*: Johan. Sichard. *ad Auth. ex causa. num. 32.* ubi allegat in argumentum, *l. Seja. in fin. ff.*

Digitized by Google

fin. ff. de appellation. Quid, † si hæres in probatione succumbat, hoc est, si 26
non possit docere Elogii veritatem? Resp. tunc perinde habebitur, ac si non esset facta exhæredatio: & vincet in judicio is, qui de inofficioso querelam instituit, ejusq; hæreditas adjudicabitur: veruntamen cum limitatione ea, quam mox subjiciemus. Ratio est, quare nulla impleta probatione debeat vincere is, qui exhæredatus est, jam ex suprà dictis intelligitur: quia scilicet non esse & non apparere, sive non posse probari, paria sunt in jure. *arg. l. duo sunt Titii. 30. ff. de testamentis.*

Quarto capite quæritur, † quatenus Testamentum rescindatur sive irri- 27
tum fiat ex causa exhæredationis vel præteritionis? De hac quæstione agitur *in Auth. ex causa. C. de liber. præter.* Jure veteri, hoc est, Pandectarum & Codicis rescisso testamento, nihil omninò eorum, quæ in illo scripta essent, valebat. *l. 8. §. ult. & l. 17. qui repudiantis. §. cùm contra. l. 28. cùm mater. in fin. ff. de inoffic. testam. l. liberi. 28. C. eod. tit. l. 17 filio, ff. de injust. rupt. &c. l. 8. §. ult. ff. de bon. poss. contra tabb. l. 1. C. de posthum. hared.* cuius juris ratio fuisse hæc videtur: quia quæ ex eadem ultima voluntate dependent, non debeant diverso, sed eodem jure censeri: neque satis conveniens sit, ut pars una supremæ voluntatis eiusdem hominis valeat & impleatur, alia verò pars irrita & inutilis habeatur. Ex quo & illud est, quod non possit hæres vel legatarius partem hæreditatis aut legati unam amplecti & alteram repudiare: sed vel totum relictum agnoscere & amplecti, vel totum repudiare debet. Sed Jure novissimo constitutum est, ut testamentum, quoad institutionem solam hæredis sit irritum: valeat autem quoad cætera capita, ut legata, fideicommissa, tutorum dationem, manumissionem, libertorum assignationem, &c. quod quidem satis est mirabile ut eo, quod caput est & fundamenaum totius testamenti sublato, destructoq; e. nihilominùs subsistant accessoria. Videtur enim & naturæ hoc repugnare; & regulæ juris, quæ dictat, quòd cùm principalis causa non consistit, plerunq; nec ea quidem, quæ sequuntur locum habeant. *l. 129 nihil dolo. §. 1 & l. 178. cum principalis. ff. de Reg. Iur.* fac. *cap. accessorium, de Reg. jur. in 6.* Sed ratio hujus novi & tàm singularis juris constituendi illa est: quia cùm propositum fuerit Justiniano contumeliam exhæredationis & præteritionis minuere liberis, & quàtum fieri potuit auferre, ut ipsemet profitetur: cumque hunc scopum suum assequatur solâ institutione rescissâ: ut per quam ferè solam læsus & contumelia affectus fuerit is, qui exhæredatus est, alio hærede instituto; nihil necesse fuit ultra institutionem hæredis aliquid præterea ex testamento reijcere aut evertere: filius enim, dum modò hæres sit patri suo nullâ afficitur injuriâ; quàtumvis multa magnaq; legata vel fideicõmissa, de bonis paternis cogatur aliis præstare, quantũvis multos manumittat servos, vel quantumvis sub tutela sit, &c. Hæc enim omnia poterat in filium statuere pater, etiamsi hæredem eum instituisset. Contrà verò etiamsi aliundè ditissimus foret filius, tamen si non sit hæres suo patri, magna ei inusta est nota ignominiæ. Quis enim non malam opinionem habebit de eo, quem pater suus ita notavit, ut successione indignũ judicaret, sive à quo tanquam hærede, suam personam repræsentare noluit?

Sichardus *ad d. Auth. ex causa. num. 2.* hanc quoque reddit rationem decidendi: quia pœna, quæ commensuranda est delicto, non debeat egredi modum delicti: *vulgata lege, sancimus 22. C. de pœnis. cum similibus.* Atqui pater dum exhæredat filium immerentem, instituto extraneo, & præterea legata relinquit aliis, &c non peccat, nisi quoad institutionem in alium quàm filium collatam, ergo sola institutio pœnæ loco rescindi debet, non autem alia quoque testamenti ca-
28 pita, in quibus nullum versatur delictum. Huic † autem constitutioni Justiniani illud simile est & Hadriani decretum, quod refert Paulus *in l. 28. cùm mater. ff. de inoffic. testam.* ubi hæreditas matris, quæ falso rumore de obitu filii accepto, alios instituerat hæredes, ad filium pertinere dicitur: ita tamen, ut is nihilominus legata & libertates in eode mte stamẽto asscriptas prẽstaret: quod Paulus ait annotatum esse: quasi dicat, contra strictas juris regulas ab Impera-
29 tore constitutum sive decretum, ideoque notâ dignum. Hic † obiter observandum, Imperatores solere interdum in suis constitutionibus atque decretis, juris stricti rationem ac regulas negligere: vel etiam ipsis quodammodò vim inferre, easque infringere, & pervertere: ad æquitatem potius & utilitatem, quàm ad subtilitatem respicientes, sive ad artem juris.

30 Sed quæritur, † quid si pater ignorans, se filios habere, præteritis illis, alium instituerit hæredem, & legata reliquerit aliis, vel fideicommissa: an hoc quoque casu rescissa institutione valebunt, legata, fideicommissa, & cætera? Bartolus quidem putabat, totum testamentum hoc casu rescindi, nec quicquam ex eo deberi: *arg. l. 102. cùm avus. ff. de cond & demonstr. & l. sicut. & l. si cùm. C. de testament. milit.* Sed contrarium defendit Giphanius optimis rationibus, *ad Auth. ex causa, C. de liber. præter.* nempe quòd indistinctè locus sit huic juri novissimo, sive pater sciverit se habere liberos, sive ignoraverit: semper enim & indistinctè valere & deberi legata, cæteraque in testamento scripta & reli-
31 cta, sola rescissa institutione. De † præteritione autem posthumi ignoranter facta, vid. Andr. Fachin. *libr. 4. controvers. jur. c. 14.* & Sichard. *ad authent. ex causa, n. 8. 9. & 10. C. de liber. præter.*

32 Quæritur præterea, † an locus sit etiam *huic Auth. ex causa*: illo casu, quando exhæredato, vel præterito filio, extraneus hæres institutus est ex re certa: an, inquam, hoc quoque testamentum rescindatur per querelam quoad institutionem, an verò valeat institutio, & res illa extraneo debeatur, non quidem quasi hæredi, sed ut legatario? De institutione autem ex re certâ videantur inprimis hæ leges: *l. 1. § 4 si ex fundo, & l. 9. quoties, § 13. si duo. l. 35 ex facto. in pr. & l. 78. qui mm. militabat. ff. de hered instit. Item l. 13. quoties, C. d. tit.* & Fachinæus *lib. 4. c. 15.* Etsi autem sunt qui putant, rem illam deberi extraneo qui ex ea institutus est, quia scilicet pro legatario potiùs quàm pro hærede habeatur: tamen verior mihi videtur contraria sententia: quam & Giphanius noster tuetur *ad Auth. ex causa*: quod etiam talis institutio rescindatur & extraneo nihil prorsus debeatur: quia qui sic solus scriptus est hæres ex re certa, nullo dato cohærede, non est habendus pro legatario, sed pro vero hærede, detractâ rei certæ mentione,

Digitized by Google

tione, quasi illâ omissâ simpliciter fuisset hæres institutus. *d.l.1. §.4 ff.de hæred. instit.*

Ampliùs quæritur, † utrum legata vel fideicommissa in tali testamento 33
relicta, quod posteà quoad institutionem rescissum est per querelam, debeant peti ex testamento an verò ab intestato? Et verius videtur, ex testamento petenda esse: quia disertè Imperator ait, testamentum quoad legata & cætera capita valere: ut taceam, quod legata, nisi ex testamento non valeant (quod tamé quidam putant, v g. Donellus) ut est expressum *in §. præterea. Inst. de fideic. hæred.* Atque ita hîc fiet, ut quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat: quod etiam regulis juris repugnat. *l.7. ff.de Reg. Iur. & ibi explic.*

Adhæc quæritur etiam, † an *d. Novel.* sive *Auth.* locum habeat in omni 34
præteritione tàm paterna, quàm materna? Et de hac quidem dixi suprà, ex Institutionibus, quod præteritio matris habeat vim exhæredationis. Sed de præteritione à patre facta, magna est cõtroversia, valeatnè testamentum, an ipso jure sit nullum, quod multi volunt? Videatur latè Fachinæus *libr.6. controvers. c.77.* & Giphanius *ad d. auth. ex causa.* qui probat sententiam Fulgosii, Alciati, Viglii, Connani, & aliorum, nempe testamentum, in quo filius, sive in potestate, sive emancipatus, à patre præteritus sit, ipso jure nihilominus valere, & nisi per querelam vel præteriti, vel inofficiosi rescindatur, omnia eius capita, etiam ipsam institutionẽ extranei, firma manere. Si verò testamẽtum rescindatur per querelam tantùm quoad institutionem infirmabitur, quoad cætera autem sustinebitur. Cuius sententiæ illa est potissima ratio, quia Justinianus *in d. Novel.115.* non distinguit inter præteritionem vel huius vel illius. Jam regula est, ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. *arg. l. de pretio, 8. ff. de public. in rem act.* Plura hac de re dictis locis videre licet. De illa autem quæstione, † an 35
testamentum ex causa exhæredationis liberorum sit nullum, quod quidam voluerunt videri potest Fachin. *lib.4. c.9. controvers. jur.* ubi defendit testamentum tale valere in omnibus suis capitibus: sed tamen rescindi posse per querelam inofficiosi, nempe quoad Institutionem.

Restat ultimum membrum capitis nostri, † videlicet, Quo titulo relinqui 36
debeat legitima portio. Et sciendum est, non sufficere quemlibet titulum, v.g. si filius eam habeat titulo legati, aut fideicommissi, aut donationis causa mortis, aut mortis causa capionis, &c. sed requiri ut eam titulo institutionis consequatur, de quo post alios latè explicatur *in explicatione l. 30. omni modo. C. de inoffic. testam.* Ratio huius juris illa est: tùm quia titulus institutionis est honoratior omnibus aliis: tùm quia institutus hæres habet jus accrescendi, quod non habet is cui titulo alio quidpiam est relictum. Videatur Sichardus *ad authent. novissima, n 7. & 9. C. de inoffic. testam.* Schneidew. *ad §. sed hæc ita, Institut. de inoffic. testam* & Schurff. *consil.60. n.4. cent.3.* ubi dicit ab hac communi sententia, quæ est utriusque scholæ Doctorum, id est, Legistarum & Canonistarum, non esse recedendum in judicando, utut Jason *in d. auth. Novissima*, contrarium teneat. Exceptiones tamen nonnullas ab hac regula affert Sichard. *dicto loco,*

37 *n.16.17.18.& 19.& 21.* quarum † hæc una est, si legitima per aliam speciem ultimæ voluntatis, quàm testamentum, relinquatur.

38 Quid † si cui titulo quidem institutionis relictum quid sit, veruntamen quod non æquet legitimam, sed ea sit minus? Respond. hoc casu testamentum non potest rescindi per querelam, sed actio ad supplementum dabitur: Hanc enim actionem Justinianus à se introductam *in l. 30. omni modo:* & confirmatam *in duabus legibus sequentibus. Item in l. 36. scimus antea, C. de inofficioso testamento.& §. sed hæc ita. vers. sin verò. Instit. eod. tit.* per Novellas minimè sustulit, sed suo loco reliquit intactam *arg. l. sancimus. C. de testament.& l. præcipimus. C. de appellat.*

39 Quæritur † an idem sit etiam in legitima parentum, ut scilicet hæc quoque eis non alio, quàm institutionis titulo à liberis relinqui debeat? Et hæc communis est Doctorum sententia: repudiatâ singulari opinione Bartoli *ad Authentic. Novissima. C. de inofficioso testamento.* qui putabat sufficere, si quolibet titulo, etiam singulari, parentibus legitima relinquatur. Videatur Fachinæus *libr. 4. controvers. jur. capit. 30.*& Antoninus Tessaurus *decision. 85. num. 1.*

40 ubi etiam *num. 3.* explicat, † quando videatur aliquid relictum titulo institutionis: nempe quando verba testatoris ad eum ipsum referuntur, cui quid relinquitur, ut ab ipso testatore, non ab alio rem habeat. Atq; ita sub hoc capite jam tribus Authenticis satisfecimus.

41 Quæritur, † an valeat exhæredatio filii, institutâ Ecclesiâ, & an detur querela inofficiosi? Hîc notetur sententia Aurelii, de quo scribit Augustinus: *Qui vult instituere Ecclesiam, & præterire liberos, quærat alium, non Aurelium.* ut relatum est in Jus Canonicum: & admonet Decius *consil. 480.& cons. 426.* quæ ex *Novel. 115. c. 3.& 4.* desumpta sunt.

42 Plura † de exhæredatione liberorum & parentum, videri possunt apud Cujac. *ad Novel. 18.*

43 Notetur † etiam hoc obiter, moribus nostris receptam esse quandam exheredationis speciem, quæ vocatur, *usque ad legitimam*: quæ tamen non est propriè exhæredatio, quia aliquid relinquit exhæredato ex bonis defuncti: cùm exhæredatio propriè dicta excludat ab omni successione, omnibusque bonis: Idque inter cætera etiam ideo, quia malè meritus publicè, ut exemplo sit aliis ad deterrenda maleficia, etiam egestate laborare debet:

ut ait gravissimè Tryphoninus *in l. bona fides.*

31. ff. depositi.

CAPUT

Digitized by Google

CAP. IV.

De Legitimâ, & eius quantitate, cæteriſque juribus. Inprimis ad Novell. 18. de triente & ſemiſſe: & ad Authent. Noviſſima, C. de inoffic. teſtam.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Propoſitio & partitio dicendorum.*
3 *Prima capitis pars: Quid vocetur Legitima?*
4 *Legitima impreprie etiam Falcidia dicitur.*
5 *Quartarum ſpecies in iure ciuili reperiuntur ſeptem.*
6 *Variæ appellationes Legitimæ.*
7 *Secunda capitis pars, de quantitate Legitimæ.*
8 *Filia ſucceſſioni paternæ univerſim renuncians, Legitimam petere non prohibetur. & infra num. 19.*
9 *Legitima liberis arbitrio boni viri aſſignanda eſt non in pecuniâ, ſed in rebus corporalibus.*
10 *Parentum legitima an & quatenus aucta?*
11 *Fratrum legitima an aucta?*
12 *Tertia capitis pars: An Legitima ſit portio* BONORUM, *an verò* HEREDITATIS.
13 *Legitimam amplecti & reliquam hereditatem paternam repudiare, filio non licet.*
14 *Quarta pars capitis: Quibus Legitima debeatur?*
15 *An liberis naturalibus legitimatis?*
16 *An naturalibus non legitimatis?*
17 *An adoptivis?*
18 *An filiæ per ſtatutum excluſæ, extantibus maſculis?*
19 *An filiæ quæ paterna hereditati univerſim renunciavit?*
20 *Quinta capitis pars: Quo tempore debeatur & computetur legitima? quæque in legitimam imputentur?*
21 *Pater non cogitur liberis aſſignare legitimâ, in vitâ ſuâ.*
22 *Sed tamen poteſt, ſi velit: & quid iuris, auctis poſtea bonis?*
23 *Quæ in legitimam imputentur?*
24 *Pater filium nullis pactionibus obſtringere poteſt, ut certis rebus acceptis contentus ſit, nec poſtea inofficioſi teſtamenti querelam moveat.*
25 *Sexta capitis pars: An Legitima ſtatuto tolli aut minui poſſit?*
26 *De quæſtionibus aliis cognatis, remiſſivè.*
27 *Septima pars capitis: De onere ſeu gravamine legitimæ. Adde infra num. 36.*
28 *Octava pars capitis: An filius fideicommiſſo gravatus duas quartas deducere poſſit?*
29 *Nona capitis pars: de iis quæ cum Legitimâ cognationem habent.*
30 *Appendix huius capitis: continens quædam paralipomena ſuperiorum partium.*
31 *An legitima petenda ius ad heredes transmittat poſſit?*
32 *Publicatis bonis quanta debeat eſſe legitima?*
33 *Legitima ſupplementum quanam actione petatur?*
34 *In Legitimæ computatione quinam faciant partem, aut non faciant?*
35 *An Falcidia perindè ſit aucta ac Legitima?*
36 *An Legitima liberorum poſſit gravari uſufructu, cum univerſorum bonorum proprietas ipſis eſt relicta?*
37 *Nepotibus iure repræſentationis ad legitimam admiſſis, an diviſio in ſtyrpes, an verò in capita ſit facienda?*
38 *Legitima quantitas interdum eſt dodrans.*
39 *De Lege Glicia.*

Cleberrimus eſt in jure locus de legitima: nihilq; occurrit crebrius in conſiliis, reſponſis, & deciſionibus Doctorum: nihil deniq; etiam in ore vulgi frequentius eſt, quàm legitima. De hac igitur † ſub hoc capite explicabo, proximè poſt exhæredationem & querelam inofficioſi. Nam hæc ita arctè ſibi invicem cohærent, ut non poſſit dici de uno, quin ſimul & alterum attingatur. Cui enim non debetur legitima, is neque teſtamen- 1

ſtamentum impugnare poteſt per querelam inofficioſi: ſive legitima non debetur illis, qui non poſſunt teſtamenta per querelam evertere: & contrà, cui legitima debetur eidem & querelà datur, ſi ab ea ſit excluſus: ut latè probant Bartolus, Baldus, Caſtrenſis, & alii *ad l. Gallus. 29 ff. de liber. & poſthum.* & aliquot locis inculcat Valent. Forſterus *in tract. de ſucceſſionib.* De hâc igitur materia tractat Imperator *in Nov. 18. c. 1* ad quam præter Cujacium videatur etiam Fr. Balduinus *in Juſtiniano propè finem*: & certatim de eadem materia agunt Dd. *ad d. Auth. Noviſſima. C. de inoff. teſtam.*

2 Nos † per hæc tantum capita breviter ibimus. 1. quid vocetur legitima. 2. quanta ſit legitima, ſive quota pars: & an etiam ſit aucta in perſona parentum & collateralium. 3 ſitne legitima quota hæreditatis, an bonorum. 4. quibus debeatur, vel non debeatur legitima, ſive de perſonis. 5. quo tempore computetur legitima. & quid in eam imputetur, vel non. 6. poſſitne legitima minui aut tolli per legem. vel ſtatutum: 7. an poſſit ei onus aliquod ſive gravamen apponi 8. an filius fideicommiſſo gravatus poſſit duas quartas detrahere; unam videlicet tanquã legitimam jure naturæ ſibi debitam. & alteram ex Senatusconſulto Trebelliano. 9. & ult; quænam res cum legitima cognationem quandam habeant. Ad hæc enim novem capita pleraque referri poſſe puto, quæcunque de legitima diſputari poſſunt Etſi autem hæc ita latè patent ut de illis integer & juſtus commentarius confici poſſit, tamen omnia quam breviſſimè contraham, & modum ſervare ſtudebo: præſertim cùm prolixior explicatio ſingulorum, & aliunde peti poſſit, & ex tractatu Franc. Hotomanni, quem hac de re fecit.

3 *Legitimam* † igitur vocamus eam portionem, quæ debetur liberis à parentibus, & vice verſa parentibus à liberis. & quodam caſu fratri quoque & ſorori, à fratre vel ſorore: quam ſi quis ſalvam & integram habeat, titulo inſtitutionis ſibi relictam, non habet querelam inofficioſi; & qua minus, ſi cui relictum fuerit, habet actionem ad ſupplementum, de qua ſuprà dixi *capite præced. ad fin.*

4 quæ eſt condictio ex lege, *arg. l. unic. ff. de condict. ex lege.* Ea † portio quandoque etiam *Falcidia* dicitur, ſed minus propriè: ut in *l. 31. quanuper. C. de inoffic. te-*

5 *ſtam.* & in *Nov. 92.* Item *in auth. unde etſi parens. C. d. t.* Quod † ut intelligatur, ſciendum eſt quartas in jure civili reperiri ſeptem: 1. eſt Falcidia: quam detrahit hæres de legatis ſupra dodrantem relictis: ut docetur in *Inſtitut. tit. de Lege Falcidiâ*; & in Digeſtis ac Codic. tit. ad Legem Falcidiam. de qua eſt etiam *Nov. 1. de heredib. & Falcidia*: alibi à nobis explicanda *inferiùs.* 2. eſt quarta Trebellianica: quam detrahit hæres inſtitutus & fideicommiſſus gravatus, ſive rogatus alteri hæreditatem reſtituere: de qua agitur *tit. ff. & C. ad SC. Trebell.* & in *tit. Inſtitut. de fideicom. haredit.* 3. eſt quarta D. Pij, quæ competit filio arrogato ex bonis arrogatoris: de qua explicatur in §. *cum autem Inſtit. de adoption. & in l. ſi arrogator, ff. eod.* 4. Eſt & alia, quæ datur filio naturali, quem pater, non habens filios legitimos obtulit curiæ de qua eſt in § *ſi quis autem. Nov. 89. quib. mod. natural. efficiunt ſui.* 5. Eſt & portio, quæ ab inteſtato debetur filio naturali tantùm: de qua eſt in *§. conſideremus. huius Nov. 18. de triente & ſemiſſe.* 6. Eſt & quarta

quæ

Digitized by Google

quæ debetur conjugi ſuperſtiti inopiâ laboranti, ex bonis præmortui conjugis: de qua eſt in §. *quia vero legem, Nov. 117. ut liceat, matri & aviæ, &c.* & in *Auth. præterea, C. unde vir & uxor.* 7. Denique eſt hæc noſtra quarta, quæ vocatur *legitima*. Hotomanno *quarta legitimaria*. De his videri quoque poteſt Johan. Summiſta *in ſumma Nov. 1.*

Habet autem † hæc legitima varias appellationes: vocatur enim nunc *debitum*, nunc pleniùs *debitum bonorum ſubſidium*, in *l. 5. ſi totas. C de inoff. donat.* Vocatur *quarta legitimæ partis*, quæ ſcilicet eſt quarta pars eius quod quis ab inteſtato habiturus eſſet, *l. 6. cum quæritur, & l. 8. parentibus, C. de inoff. teſtam. l. 8. Papinianus §. ſi quis mortis. & §. quoniam. ff. d. t. & §. ſed hæc ita accipienda. Inſtitut. eod. tit. de inoff. teſtam. l. 4. maximum vitium, verſ. quod ſi fuiſſet exheredata, C. de liber. præter.* Vocatur etiam à Juſtiniano *in hac Novellâ* χρέος, id eſt, *debitum*: ut etiam à Conſtantino Harmenopulo *lib. 5. Epitomarum juris, tit. de Falcidia.* Vocatur quoq; νόμιμος μοῖρα, *in Epigraphe d. Nov. 18.* & νόμιμον λάχος, & νόμιμον μέρος: hoc eſt, *legitima ſors* ſive *portio*, à zonara Hiſtorico *in Theodoſio juniore.* Videatur & Cujacius *hîc init. expoſit. ad Nov. 18. pag. 1161.* Idque ideò, quia liberis à parentibus debetur jure naturæ: ut docet etiam Philip. Decius *ad l. 8. jura ſanguinis. ff. de reg. jur.* & omninò eis relinqui debet ſi non ſint ingrati, ſed pietatis ſibi conſcij. *l. 8. parentibus C. de inoff. teſtam. d. l. 8. Papinianus, & l. 15. nam etſi, ff. eod.* & fac. huc *l. 7. cùm ratio. ff. de bon. damnat. cum ſimilib.* Hinc fit, quòd filius reſpectu legitimæ dicitur creditor patris ſui: ut docet Pariſius *conſi. 108. n. 12. vol. 3.* Balduinus remittit nos ad commentar. ſuum quem ſcripſit *de Lege Falcidiâ.* 6

Ad quantitatem † legitimæ quod attinet hæc non ſemper eadem fuit: Nam olim quotcunque eſſent liberi erat quarta pars ſeu quadrans omnium bonorum, id eſt, tres unciæ ex aſſe, id eſt duodecim unciis: quibus tota hæreditas cõſtat: ut notum eſt ex *Inſtit. de hæredib. inſtit.* Finge teſtatorem habuiſſe in bonis 12. millia florenorum, & duos liberos hîc legitima id eſt, quarta pars debitæ ab inteſtato portionis, eſt trium millium florenorum. Nam quarta pars de duodecim millibus ſunt tria millia. Et hæc inter liberos æqualiter dividentur: ut quisque illorum mille quingentos conſequatur. Et hinc etiam nomen factum eſt legitimæ, ut diceretur *quarta* ſive *quadrans*: quod ſuprà aliquot legibus probavi. *l. 8. C de inoff. l. 6. C. eod. l. 4. de liber. præter. &c.* Tandem verò Juſtinianus in favorem liberorum auxit legitimæ quantitatem, ut nunc triens eſſet, nunc ſemis: id eſt ut nunc quatuor, nunc ſex uncias complecteretur: triens quidem, ſive quatuor unciarum ſi liberi pauciores eſſent, quàm quatuor, vel etiam quatuor: ſemis verò, ſive ſex unciarum, ſi liberi plures eſſent quàm quatuor. Hinc verſus ſunt *in gl. ad verba, pro virili portione. Inſtit. de inoff. teſtam. in f. tit.* 7

Quatuor aut infrà dant natis jura trientem:
Semiſſem verò dant natis quinque vel ultrà.

Quod diſtichon Schneidewi quoque refert, quamvis paulò aliter, *ad §. ſed hæc ita, n. 8. Inſtit. d. t.* & Ferratienſis Practicus *libello quo petitur hæreditas ex teſtamento.* & Herm. Vulteius *conſi. 29. n. 128. vol. 1. Marpurg. conſil.* atque hæc cauſa eſt cur *Novell. hæc 18.* apud veterem Interpretem ſic inſcribatur: *de triente & ſemiſſe*; quamvis

quamvis alia sit Epigraphe apud Cujacium, ex Codice regio, nempe *de hereditaria portione, &c.* & alia item apud Haloandrum, & Scrimgerum Hanc quantitatem constituit Imperator primùm *in d. Nov. 18. c. 1.* unde quædam assuta sunt & transscripta etiam *ad Nov. 1.* quod observavit Balduinus *in Justiniano.* Eandem repetiit deinde atque confirmavit aliis Novellis posterioribus, ut *Nov. 39. & 92.* atq; inde sumpsit Irnerius *Auth. Novissimâ. lege C. de inoff. testament.* quæ valde illustris est mutatio juris antea recepti. Exemplum hujus innovatæ quantitatis legitimæ tale esto: Titius habet in bonis 12 millia & duos liberos: hîc legitima eorum ex superiore regula erit triens, id est, quatuor millia florenorum: quæ summa æqualiter inter ipsos dividetur, ut ita singuli duo millia consequantur. Aliud exemplum in quo plures sint liberi quam quatuor, tale ponatur: Sempronius in bonis habet 12. millia florenorum & quinque liberos: hîc legitima eorum erit semis, id est, sex millia florenorũ, ex qua summa inter liberos æqualiter divisa unicuique obvenient mille ducenti floreni. Videatur Johan. Borchollen præceptor meus venerandus *consi. 21. fol. 334* & Valent Forsterus *lib. 1. de successionib. c. 34. n. 12.* Ratio, cur Imperator sic, ut dictum est, augere voluerit legitimam non alia est quàm favor liberorum. Qui favor † hoc quoque induxit, ut quamvis liberi successioni parentum in universum renunciaverint, (quod sæpissimè fit in Germaniâ inter nobiles puellas, quæ accepta dote renunciant hereditati paternæ, etiam juratò, ex Jure Canonico, *cap. quamvis, in 6. extr. de pactis.*) ad huc tamen, non obstante generali illa renunciatione possint legitimam, eiúsve supplementum petere. Requiritur enim expressa & specialis renunciatio, ut pulchrè docet Sichardus *consi. matrimon. 10. n. 22. & 3. seqq.* Parisius *consi. 43. & consi. 69. num. 103. & 2. seqq.* item *consi. 94. num. 20. cum 2. seqq. lib. 3.*

9 Ex eodem favore † hoc quoque fluxit, quod legitima debet assignari liberis arbitrio boni viri, non in pecunia, sed in rebus corporalibus: ut docet Parisius *consi. 28. n. 5. & consi. 45. n. 5. vol. 3.* & Herm. Vulteius *consi. 29. vol. 1. Marpurg.*

10 De liberis igitur nullum est dubium quin aucta sit legitimæ quantitas: † sed i de parentibus, quia expressè nihil dixit Imperator, quæsitum est inter Interpretes, an etiam in illorum persona similiter censeri debeat aucta, & quanta sit hodiè? Et obtinuit, etiam parentum legitimam auctam esse: ut scilicet hodiè sit triens, cùm olim esset quadrans. Semis nunquam esse potest, quia plures quam duos parentes quis habere nequit. Videatur Sichardus præter alios *ad Auth. novissimâ. n. 12. & 15. C. de inoff. testam.* & Antonius Tessaurus *decis. 172.* ubi de legitima matris agit, quæ cum fratribus vel sororibus concurrit, quanta ea sit: quæ de re videatur distinctio apud Treutlerum nostrum *Disp. XIII. th. 11. litera B. volum. 1.*

11 De † fratrum verò legitima videatur Tessaurus *decis. 128. n. 13.* & quos ibi allegat. Est autem vulgaris opinio fratrum legitimam auctam non esse, sed remansisse quartam, sicut olim fuit: cujus contrarium defendit Cujacius, *ad Novell nostram 18. pag. 117.* & Fernand. Vasquius *de successoris creatione. §. 20. n. 213.*

12 Tertium erat, † an legitima portio dicenda sit *bonorum*, (defuncti scilicet) an verò *hereditatis?* Et plerique ajunt esse quartam bonorum: quia scilicet prius deduca-

deducatur omne æs alienum, quàm legitimæ ratio ineatur. Bona autem non intelliguntur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l.39.subsignatum.§.1. bona. ff.de verb signif.* hæreditas verò etiam æs alienum complectitur, proindeque sæpè damnosa est *l.32.ff.mand.* Johan. Sichard. *ad d.auth. Novissimâ.n 3. C.de inoff. testament.* & Schurff. *consi.96.num.10.in fine. & num.11. cent.1.* Alii tamen malunt esse quotam hæreditatis non bonorum: ut videre est apud Treutler. *th.12. litera. C.& th.16.lit. A. disp.13.* Alii denique diverso respectu & quotam bonorum & quotam hæreditatis esse putant. De eo † quoque disputant, sitnè integrum filio legitimam suam amplecti, & reliquam hereditatem paternam repudiare. Quod rectè negant, quia filius non debet hac contumeliâ parentes afficere, ut ipsorum hæres esse nolit. 13

Sequitur † de personis, quibus debeatur, vel non debeatur quarta legitimaria. Debetur autem primò liberis justis, quos vulgò vocant *naturales & legitimos simul*: quod caret omni dubio. Secundò debetur parentibus. Tertiò debetur fratribus & sororibus, sed his uno tantum casu, nempe turpibus personis à fratre vel sorore institutis. Nam extra hunc casum ipsis non datur querela *§.non autem, vers. soror, Institut. de inoff. testam.* Quibus autem non datur querela, iis nec legitima competit, vel debetur. & contrà, cui non debetur legitima ex alicujus bonis hic non potest eius testamentum impugnare: ut suprà dictū, & probat etiam Jul. Clarus *§.testamentum, quæst.42.num.7.vers primos clarum est.* 14

Quæritur autem † de liberis naturalibus legitimatis, an his quoque legitima debeatur? Et notandum est, his quoque eam deberi, non minus quam illis, qui ex justis nuptiis procreati sunt. Sichard *ad auth. novissima.n.* 11. Forst. *lib.6. de succession. cap.37.n.31. & duob seqq. in tertio effectu legitimationis.* 15

De † naturalibus non legitimatis (quos vocant *naturales tantum*) distinguendum est ita: ut in bonis paternis legitima ipsis non debeatur: in maternis debeatur. Et ratio differentiæ manifesta est, quia patri ab intestato non succedunt liberi naturales: matri verò succedunt, ex Senatusconsulto scilicet Orficiano *§.novissimè. Instit. de Senatusconsulto orfic.* Videatur Accursius *in l.1 ff.de bonor.possess. contra tabul.* Bartolus *in l.Gallus.29 etiamsi, ff.de liber.& posthum.* Michaël Grassus *§.legitima quæst. 3.n.1.& 2.* & Forsterus *lib.6.de success.c.11.n.5.6 & 7.* 16

Adoptivis † autem liberis legitima non debetur. Baldus. *in l.cum in adoptivis. C.de adopt.* & Franc. Aretinus *in l.ex facto.17.in pr.ff.de vulg.& pup.substit.* quos refert & sequitur Forsterus *lib.5. cap.7.num.15.* 17

Quæritur † de filia per statutum exclusa à successione, extantibus masculis: (ut de Italia testatur Julius Clarus) an legitima tali filiæ debeatur? De hac gravissima quæstione dissentientes sunt opiniones Dd. quorum aliquos annotat Treutlerus *d.disputat.th.14. lit. B.* ubi ipse negativam amplectitur. Sed si verum est legitimam statuto planè tolli non posse, ut infrà docebo *sub capite vel membro sexto*: Verius certè videtur etiam filiæ per statutum exclusæ à successione, saltem legitimam deberi, neque aliter excludi posse filiam à legitima, quàm si dotem congruam, (id est, quæ æquet legitimam) aut alimenta loco legitimæ acceperit: ne ob inopiam se ipsam prostituat, & libidinem exerceat. 18

Illud † inter plerosque omnes convenit, filiam, quæ hæreditati pater- 19

næ renunciaverit universim, nihilominus legitimam petere posse, idq; etiamsi jurata fuerit renunciatio: nisi fortè expressè & in specie ipsi quoque legitimæ renunciârit: per ea quæ suprà dixi *ad finem secundi membri*: quibus nunc addo Baldum, Jasonem, Thomam Grammaticum, Guidonem Papæ, Robertum Marantam, Michaëlem Grassum, Hotomannum, & alios, quos allegat Treutlerus *d.th.14.lit.C. & D.*

20 Videndum deinceps † quinto loco, quo tempore debeatur & computetur legitima. Et certum est, spectari debere tempus mortis. Schurff. *consil.73.n.9 cent. 3.* Nam ut viventis non est hæreditas, *l.1.ff.de hæredit.vel act.vend.l.1.ff. pro hærede. l 2.§.interdum.ff.de vulg & pup.subst l.1 § si impubere.ff.de collat.bon.* Ita neque legitima ex bonis viventis debetur. Idem est enim jus partis quo ad partem, quod
21 est totius quoad totum. *arg. l. quæde tota 73 ff. de rei vind.* Cui † consequens est, ut liberi non possint petere sibi assignari à patre vivo legitimam suam, etiâsi bona sua dilapidaret: ut docet Bartolus *in d.l.1.§ si impubere, 21.ff. de collat. bonor.* per illum textum: Grassus *d.§ legitima, quæst.12.* & Mynsing. *cent.4 obs.25.* Unde Jacob Mandellus *consil.66.n.3.* ait: *neque re neque spe vivo patre legitimam filio deberi* (quia spes hic est improba) cui similia habet Cacheranus *consil. 56.* Potest
22 † tamen pater, si velit, ultrò legitimam assignare filio vel filiæ in vitâ suâ: quia potest quisque favori vel juri pro se introducto renunciare. *vulgatis legibus*: cujus rei exemplum habemus in Historia Evangelica *Luc.15.* de filio prodigo. Et hoc casu si fuerint posteà ante mortem aucta patris bona augebitur etiam legitima, ac potest filius, eius quod deest supplementum petere: ut docet Johan. Borchollem *d.consil.21 pag.335. column.1.* ubi hanc communem esse opinionem notat. Quamvis Jacob Butrigarius *ad l.pactum. de collation.* contrarium tenuerit. Videatur etiam de hac re Fachinæus *lib.4 controvers.c.27.* Aliud autem dicendum esset, si facultates patris post mortem ejus auctæ essent: tunc enim non propterea à liberis augenda esset legitima: sicut neque legitima patroni, neque quarta filio arrogato debita: Ut multis legum & Dd. authoritatibus probat Hartm. Pistoris *lib 1.quæst 46.n.13. & seq.*

23 De iis autem † quæ in legitimam imputentur, quia res est prolixior: videri potest Giphan. *ad l.omnimodo, 30. §. imputari. C. de inoff. testam.* Summa hæc est: illa demum imputari solere in legitimam, quæ à patre & bonis ejus dem immediatè proficiscuntur; non autem quæ aliundè filio obvenerunt: ut latè probat etiam Hartman Pistoris *lib 2.parte 2. quæst 38.n. 2.* ubi de hac nobili quæstione latissimè disputat: an filiabus debeatur legitima ex feudo, sive illud sit hæreditarium, sive ex pacto & providétia: item an ex feudo novo pecunia patris comparato, qua de re etiam agit Jacob. Tomingius *decis. 2.* & Daniel. Mollerus *lib. 2. Semestr.c.5. & in const. tut. Electoris Augusti parte 3.tit.12.*

Priusquam ad alia procedamus, circa superiorem articulum de tempore, quo computari debeat legitima, & de assignatione eius à patte vivente facta,
24 probè observandum: † tametsi possit pater filio in vitâ suâ ultrò assignare legitimam: tamen non posse ipsum ullis pactionibus eundem obstringere, ut certis acceptis rebus contentus sit, nec posteà moveat querelam inofficiosi testamenti:

Digitized by Google

menti; quæ jam olim fuit ſententia Papiniani, probata etiam Juſtiniano, *in l. 35. ſi quando. C. de inoff. teſtam.* Et Paulo *lib. 4. ſent. tit. 5. §. pactio*, utrobique & ratio redditur. Sequitur jam † nobiliſſima illa & tritiſſima quæſtio: poſſitne legitima ſtatuto ſeu lege municipali tolli vel minui? De ea, poſt veteres, videantur etiam Sichardus *ad auth. noviſſima, n. 6. C. de inoff. teſtam.* Mynſingerus *cent. 5. obſ. 43.* & Gailius *lib. 2. obſer. 120.* item Fachinæus *lib. 4. c. 32.* Latiſſimè quoque hac de re agit Giphanius *ad l. 32. ſi quando. C. de inoff. teſtam.* videri etiam poteſt Forſterus *lib. 3. de ſucceſſion. c. 13. n. 12.* ubi dicit, hujus diſputationis ſedem ordinariam eſſe in *d. auth. noviſſima*, & in *cap. Rainutius. extr. de teſtam.* Summa hæc eſt: legitimam deſcendentium, id eſt, liberorum, & aſcendentium, id eſt parentum, in totum quidem tolli non poſſe, ſtatuto ſcilicet: (quamvis hoc nonnullis viſum fuerit) quia jure naturali ſive ſanguinis debeatur: veruntamen quantitatem eius, quæ à jure civili ad exemplum Legis Falcidiæ præſcripta & moribus recepta ſit, vel augeri vel minui poſſe, alio jure civili, vel conſuetudine contraria: quia ſcilicet nihil tàm naturale eſt, quàm unumquodque eo modo ſolui, quàm quo ligatum eſt, *l. pront. ff. de ſolut. l. 35. ff. de Reg jur.* legitimam verò collateralium, id eſt, fratrum & ſororum, cum tota ſit ex jure civili, etiam alio jure civili contrario in totum poſſe tolli: de quo poſteriore membro videatur Treutlerus *d. diſp. 13. th. 11. in fine.*

Huic quæſtioni cognatæ atque vicinæ ſunt & aliæ: † verbi gratia an legi- 26
tima tolli poſſit teſtamento: an pacto, ſive renunciatione: an amittatur culpa filii ſi inventarium non confecerit; an denique præſcriptione, ſive lapſu temporis & quanti temporis; an quinquennij ut querela inofficioſi; an 30. annorum, ut petitio hæreditatis. De quibus omnibus diligentiſſimè explicat Giphanius *in d. l. ſi quando. C. de inoff. teſtam.* De quibusdam etiam Fachinæus, ut inprimis de illa, an filius ob non confectum inventarium perdat legitimam agit. *lib. 4. cap. 34. controverſ. juris*: ubi negativam probabiliorem indicat, & rectè. Nos hîc omnia perſequi & latiùs explicare non poſſumus.

Deinceps videamus † de onere, ſeu gravamine legitimæ. Regula eſt, legiti- 27
mam debere puram eſſe, ſive liberam ab omni onere *l. 30. 32. 36. §. cum autem. C. de inoff. teſtam.* Non poteſt igitur adiici, neque dies, (id eſt, ut in diem, ſive poſt aliquod tempus præſtetur) neque conditio, neque locus, neque modus, neque legatum, neque fideicommiſſum, neque uſusfructus, neque donatio inter vivos, neque æs alienum, neque funus defuncti, ſive impenſæ funeris, neq; prohibitio alienationis, neque libertatis datio: (hæ enim ferè ſunt ſpecies onerum, ſive gravaminum.) quorum ſi quod adiiciatur legitimæ, pro non adjecto habetur. Niſi fortè bona mente, id eſt in favorem filii, id evidenter factum ſit: quam exceptionem rectè annotavit Cujacius *ad Novell. 18.* Ratio hujus regulæ eſt, quia hæc portio legitimaria potiùs legis beneficio alicui obvenit, ſive debetur, unde & nomen ei factum, quàm beneficio teſtatoris: Jam regula eſt; cui nihil reliquerimus à nobis ipſis, eum quoque nos gravare non poſſe: quem non honoraveris eum nec ornare poteris *§. 1. Inſtit. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relictis.* Videatur hac de re Gail. *lib. 2. obſerv. 119. & ſeq.* & latè Giphan. *ad d. l. ſi quando. C. de inoff.*

de inoff. testam ubi singulatim explicat species gravaminum. Rectè quoq; censet Treutl. *th. 12. disp. 13. lit. D.* nullam posse excogitari cautelam, qua legitima onerari queat.

28 Occasione præcedentis quæstionis, † nascitur alia, quæ est item celeberrima: si filius à patre hæres institutus, & fideicommisso gravatus sit, hoc est, rogatus hæreditatem restituere alteri, an possit detrahere duas quartas: unam ratione legitimæ, tanquam filius: & alteram ex Senatusconsulto Trebelliano, quasi quilibet hæres fideicommisso gravatus. De hac quæstione pleniùs dixi, *in tract. Differentiarum juris. lib. 4. c. 9.* Est enim hac de re dissensio inter jus Civile & Canonicum, & utriusque interpretes. Et quidem Fr. Hotomannus juris civilis rationem secutus, duplicem detractionem non admittit; sed unam duntaxat locum habere posse contendit: *Illustri. quæst. 43. & in disput. ibidem subjectâ contra cap. Rainutius & c. Reinaldus. extr. de testam.* quem sibi refutandum, & quidem satis acerbè, sumpsit Fachinæus *lib. 5. c. 1. & 2.* cùm tamen etiam Anton. Faber illam Canonistarum sententiam reprobet, atque erroribus Pragmaticorum annumeret, *Decade 11. errore 7.* Sed quicquid sit in puncto juris; crebriori calculo obtinuit hæc distinctio: si fideicommissum purè sit relictum, tunc unam duntaxat detractionem habere locum, nempe legitimæ: si verò in diem vel sub conditione, tunc duplici detractioni locum dari. Cujus diversitatis illa redditur ratio, quia diversis temporibus, seu successivè, ut loquuntur, duarum quartarum detractio, benè locum habere possit: legitimæ scilicet statim à morte; & Trebellianicæ tempore restitutionis: sed uno tempore non possit Trebellianica & legitima simul deduci ab hereditate. Qua de re videri possunt auctores copiosissimè diligentissimèque allegati à Pet. Heigio *lib. 1. quæst. 32.* & D. Oswaldo Hilligero, hospite & amico meo optatis. *in Notatis ad Donell. lib. 7. commentar. c. ult.* Ubi & argumenta quæcunque pro affirmativa Canonistarum sententia & pro duplici detractione, afferri possunt examinat & refellit. Allegatis jam auctoribus addi possunt etiam isti à me observati: Parisius *cons. 93. num 43. & 47. vol. 3.* item *cons. 1 num. 78. & 80. vol. 3.* item *cons. 27. eod. vol. & cons. 18. num. 95. cons. 25. n. 30. cons. 45. & 46. n. 4. & cons. 47. n. 5. vol. 2.* Et Jacob. Mandellus *cons. 7. n. 6. & cons. 17. n. 13. cum seq. & cons. 41. n. 1. & 2.* Giphanius denique *ad d. l. 32. C. de inoff. testam.* ubi etiam aliquot limitationes hujus doctrinæ affert memorabiles, quas non transcribam.

29 Postremò † dixi esse etiam res quasdam, quæ cum legitimâ cognationem habeant: Talis est 1. dos. 2. alimenta. 3. legitima patroni. Hæc enim; dos, alimenta, & legitima, tàm liberorum ac parentum, quàm patroni, ferè æquiparantur, & unum in alterius locum nonnunquam migrat: unde fit, ut etiam argumentum ab uno ad aliud ducatur. Videatur Ricol. Everhardus *in loco à dote ad alimenta, & in loco à legitima patroni ad legitimam filii, in Topic. Legal.*

30 Superioribus † capitibus, quæ de legitimâ hucusque exposui, quædam addi possunt paralipomena minimè negligenda: quorum tamen explicatio, plenior a aliis peti debet. Tale est in primis illud, † de transmissione legitimæ:
13 quòd, inquam, possit filius petendæ legitimæ jus transmittere ad quoscunque hæredes,

Digitized by Google

hæredes, etiam extraneos: de quo præter alios videatur Parisius *cons.39.nu.43. vol.1.& cons.9.n.8.cons.16.n.68.cons.45.n.8.& cons.53.n.56. cons.55.n.22.cons.81.n.5.vol.2. & cons.27.n.1.& 2.denique cons.30.n.8.vol.3.* Sic quæri solet, † publicatis seu confiscatis, ut vulgò loquimur, omnibus alicuius bonis, quanta debeat esse legitima: de quo videatur Anton. Tessaurus *decis.104.n.1. & 2. & decis.198.num.6.* 32
Item, † quæri solet, quánam actione peti debeat supplementum legitimæ. 33
Et quidem proditæ sunt tres actiones pro diversitate casuum: 1. petitio hæreditatis. 2. actio ex testamento. 3. condictio ex lege. de quo videatur Gravetta *cons.312.*& Vultejus *cons.29.n.192.vol.2.Marpurg.* Item Giphanius *ad l.30. C.de inoffic.testam.* Prætereà † quæritur, qui nam in computatione legitimæ faciant partem, vel non faciant: quade re videatur Cujacius *ad Novel.18.p.125. cum tribus seqq.* & Balduinus *in Iustiniano, p.545.* ubi explicat hoc quasi ænigma Ulpiani: *filius qui non capit partem in legitimâ, nihilominus facit partem. l. Papinianus.8.§. quoniam.ff.de inoffic.testam.* v. g. exhæredatus, qui omittit querelam, id est, qui tacet, nec agit de inofficioso testamento, cùm posset quidem: aliis facit partem, id est, persona eius computatur, perindeque habetur, ac si is partem suam ex legitima abstulisset. Contrà exhæredatus, qui repudiavit, vel animo repudiantis non egit de inofficioso, vel egit quidem sed non obtinuit, (puta quia obijciebatur ipsi præscriptio temporis, quod non egisset intra quinquennium: vel quod semel agnovisset voluntatem defuncti, utraque enim hæc exceptio excludit aliquem à querela: sive facit, ut sine effectu proponatur.) non facit partem, hoc est, persona eius non computatur, sed pro mortuo, sive pro nullo habetur: Benè igitur notandum hoc discrimen. quod plurimum interfit inter eũ, qui non agit de inofficioso testamento querelã omittendo, & inter eum, qui non agit de inofficioso testamento, querelam omittendo: & inter eum, qui non agit repudiando sive repudiantis animo. Similiter partem non faciunt deportati: Item exclusi à successione per statutum sive per legem municipalem: Item filiæ pacto exclusæ à successione intestati: quod ex Jure Ca- 35
nonico & ex statutis contra Jus Civile receptum est. Quæritur prætereà, † an sicut legitima per Justinianum aucta est, ita etiam Falcidia aucta censeri debeat? Et distinguendum puto cum Cujacio, *pag.118.* inter liberos vel parentes hæredes institutos oneratosq; præstatione legatorum vel fideicommissorum: & inter extraneos hæredes. Nam liberis quidem & parentibus eo casu ex mente Justiniani videtur aucta Falcidia, perindè ut lgitima. Ratio est: quia nisi hoc dicamus melior foret conditio exhæredatorum quàm institutorum: & minus ferrent non instituti, quàm instituti: quod planè esset absurdum. In extraneis autem hæredibus à quibus legata vel fideicommissa supra dodrantem relicta sunt, verius est, hodieque manere quadrantem, sicut ante hanc Novellam semper fuit. Hìc enim illud absurdum cessat: cùm extranei hæredes necessariò nõ instituantur: & non institutis nihil debeatur, nec habeant querelam. Sed quòd Græci in Orientali imperio cõmuni cõsensu modum legitimæ in hac Novellâ auctum, produxerunt etiam ad Falcidiam eo casu, quo extranei hæredes instituti sunt, quasi illi quoque jam possent trientem deducere de legatis à se relictis;

ôis: ut teſtatur Cujac. *pag.118.* in eo ipſos nimium profuſos fuiſſe cenſeo, cum Balduino, qui ait *pag.547. ineptè hoc & falsò dicitur ab iis, qui non intelligunt quan-*
36 *tum interſit inter legitimam & Falcidiam.* Cujacius quoque fatetur hanc opinionem in Occidente non fuiſſe receptam. Quid † ſiquis uxori ſuæ reliquerit uſumfructum omnium bonorum, proprietatem liberis, continebiturnè in hoc uſufructu etiam legitima? ſive poteritnè uxor in ea ſibi uſumfructum vindicare? Hoc nego, cum Cujacio *pag.120. & 123. & 125.* Ratio dubitandi eſt, cur inquam, valere videatur iſte uſusfructus, etiam in legitimâ: quia proprietas omnium bonorum quamlibet nuda, pluris eſt, quàm triens, vel etiam ſemis pleno jure ad liberos pertinens: ut proindè conditio liberorum melior eſſe videatur: ſi omnium bonorum ſint proprietarii quàm ſi duntaxat partem habeant pleno jure, puta vel trientem, vel etiam ſemiſſem. Sed decidendi ratio eſt: quia interim dum uſusfructus eſſet penes uxorem, fieri poſſet, ut liberi cum
37 nudâ ſuâ proprietate miſerè eſurirent: ut eleganter ait Balduinus *pag.548.* Inſuper quæritur, † quoniam nepotes etiam jure repræſentationis admittuntur ad legitimam perindè ut ad ſucceſſionem ab inteſtato: de qua infrà *parte proxima* dicemus; Utrum debeant hîc in computandâ, & dividendâ legitimâ, numerari capita an ſtirpes? Et dubium non eſt, quin ſtirpes numerari debeant, non capita. Quod etiam ante Novellas obtinuit: ut videre eſt *inl. 8. §. proinde ff. de inoffic. teſtam* Nec obſtat, quod ait Juſtin. *d. Novel. 18.* legitimam æqualiter dividendam: unde videbatur dicendum, eius diviſionem in capita fieri debere. Reſpondetur enim hoc locum habere, quando filii, ſive liberi primi gradus ſoli ſunt: Sed quando concurrunt cum ipſis nepotes vel neptes, ex filio filiavè defunctis, alia res eſt: hîc enim diviſio fiet pro rata, hoc eſt, pro eâ portione, qua ab inteſtato ſuccederent. Jam conſtat ab inteſtato ſucceſſionem hîc fieri non in capita, ſed in ſtirpes, ut ex *Inſtitut.* quoque eſt notiſſimum. *lib 3. tit. 1.* Quantitatem quidem legitimæ Imperator mutavit in hac Novella: ſed circa
38 ipſius diviſionis rationé & proportionem nihil mutavit. Hac de re videri quoque poteſt Balduinus *p 544. cum ſeq.* Eſt & hoc notandum, † quod ad quantitatem legitimæ pertinet: eam interdum eſſe dodrantem, id eſt, novem uncias: nempe tùm, quando liberi maſculi quidem ſunt curiales, fœminæ verò curialibus nuptæ: ut docet Cujacius *p. 117. & 120. ad Novel. 18.* ubi docet, plus relinquendum fuiſſe liberis curialibus quàm aliis: cuius ratio illa erat, quia curiis addicti, magna ſuſtinebant onera. Sed quia hoc jure hodiè non amplius uti-
39 mur, non eſt etiam quod magnoperè de eo laboremus. Poſtremò notandum † de lege Glicia, qua putat Cujacius introductam fuiſſe querelam inofficioſi teſtamenti: eâdem etiam *ad hanc Novell. 18.* ait primùm fuiſſe taxatam portionem legitimariam ad modum quadrantis. Sed eam ſententiam de lege Glicia, quam habet Cujac. *lib 2. obſ. c. 21.* & repetit *lib. 4 obſ. c. 14* refellit Giphanius *in comment. ad l. 4. ff. de inoffic. teſtam* docetque nullam fuiſſe legem, quæ Glicia vocaretur.

CAPUT

CAPUT V.

DE FALCIDIA.

Ad Novel.1.c 2.& Auth.ſed cum teſtator.C.ad L.Falcid.junctis duabus authenticis ſeqq. quarum una ſumitur ex Nov.119. c.11. altera ex Novel.131. c.12.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Vbi de Falcidiâ agatur?*
3 *A quo, & cur, vel ad quid Lex Falcidia lata ſit?*
4 *Propoſitio dicendorum.& num.7.*
5 *Juſtinianus Legi Falcidiæ minùs favit.*
6 *Novellæ prima commendatio.*
7 *Detractio Falcidiani quadrantis quibus caſibus ceſſet.*
8 *Primus caſus ceſſantis Falcidiæ: cùm Teſtator detractionem prohibuit.*
9 *Olim Falcidiana detractio prohiberi non potuit: niſi paucis caſibus.*
10 *Olim heres ne quidem à vivo teſtatore aſtringi per actionem poterat, ne Falcidiâ uteretur: quod hodiè videtur ſecus eſſe.*
11 *Prohibenda Falcidia vis eadem, ſive Teſtator primariò ſive per conſequentiam, jubendo legata in ſolidum præſtari, prohibeat.*
12 *Tacita & conjecturata prohibitionis exemplum.& infrà num 30.*
13 *Prohibitio Falcidiæ non valet, cùm teſtator patrimonii ſui vires ignoravit.*
14 *Heres contra teſtatoris prohibitionem Falcidiâ uſurus, a ſucceſſione omni repellitur.*
15 *Herede ſic repulſo quibus,& à quo ordine deferatur hereditas?*
16 *Falcidiæ prohibitio ad Legitimæ prohibitionem non extenditur.*
17 *Falcidia ſtatuto tolli poteſt: exemplo ſtatuti Noribergenſis.*
18 *Trebellianica an aquè prohiberi poſſit? & infrà num. 33.*
19 *Secundus caſus ceſſantis Falcidiæ: cùm heres ſciens quibuſdam legata integra præſtare caperit.*
20 *Rationes dubitandi.*
21 *Rationes decidendi.*
22 *Refutatio rationum dubitandi.*
23 *Exceptio ad hunc ſecundum caſum: niſi inopinatum quid emerſerit.*
24 *Si quid tale metuatur aut de viribus hereditatis dubitetur, cautionem à legatariis exigat heres.*
25 *Exceptio alia: niſi de Legitimâ detrahendâ agatur. Adde tertiam infrà num.34.*
26 *Tertius caſus ceſſantis Falcidiæ: cùm heres inventarium non confecit.*
27 *Inventarium non faciens, de dolo & fraude ſuſpectus eſt.*
28 *Ex ſuſpicionibus neminem condemnandum, quo ſenſu dicatur in l.ult C de probat.*
29 *Pœna omiſſionis inventarii non porrigitur ad Legitimam: ut nec ad militem, infrà num 35.*
30 *Quartus Falcidiæ ceſſantis caſus: ſi teſtator legato adjecerit prohibitionem alienationis.*
31 *Quintus Falcidiæ ceſſantis caſus: in legatis ad pias cauſas relictis: diſtinctè quidem, juxta textum Nov 131. c. 12. at indiſtinctè juxta Irnerii Auth ſimiliter. C. ad L. Falcid.& receptiorem opinionem.*
32 *L.1. ad municipum,5 ff. ad L. Falcid. variè legitur.*
33 *Iterum de Trebellianica prohibitione.*
34 *Exceptio tertia, ad ſecundum ceſſantis Falcidiæ caſum: in Milite.*
35 *Paralipomenon ad caſum tertium: de Milite.*
36 *Sextus caſus, quo Falcidia ceſſat: in Teſtamento militis.*
37 *Qui per Novel.1 non ſublatus.*
38 *Septimus Falcidiæ ceſſantis caſus: ſi heres quid ex hereditate ſurripuerit; vel ſi degerit, ut fideicommiſſum interdiceret.*
39 *An etiam, ſi rem eſſe ſuam mentitus ſit?*
40 *L. hereditarium.68. §. ult ff. ad L. Aquil. diverſa lectio.*
41 *Octavus caſus, quo Falcidia locum non habet: in fideicommiſſo tacito.*
42 *Nonus caſus: in ſervo manumittendo.*
43 *Decimus: cum heres promiſit ſe Falcidiâ non uſurum.*
44 *Remiſſio ad auctores alios.*

Con-

1 CONvenienti † ratione ordinis poſt caput de legitimâ, ſubijciam aliud de Falcidiâ: tametſi Falcidia prior fuerit tempore quàm legitima, cùm hæc ad illius exemplum & imitationem primùm fuerit definita; non tàm per legem Gliciam, ut voluit Cujacius, quàm moribus, quibus & ipſa querela inofficioſi teſtamenti inducta eſt, quam excludit legitima ut ſuprà dictum. Sed de ordine fortaſſe non debemus nimis anxii eſſe, ſive antè de Falcidiâ explicemus, ſive de legitimâ: dummodò ſciamus has duas portiones in confinio ponendas eſſe. *arg. l. 2. ff. de ſtat. homin. in verb. his proximos atque, &c. cum ſimilibus.*

2 De Falcidiâ † autem ex profeſſò agitur *in Novel. 1. c. 2.* & obiter etiam aliis duobus Novellarum locis: ex quibus Irnerius tres Authenticas excerptas ſubjecit, *l. 7. in tit. C. ad L. Falcid.*

3 Quarum explicationem priuſquam tradamus, repetendum eſt † ex Inſtitutionibus & Digeſtis à quo & cur lex Falcidia lata ſit. Utrumq; ſicut & ſumma legis, imò ipſa quoque verborum conceptio ſatis dilucidè exponitur *in tit. de L. Falcid. in Inſtit. & l. 1. ff. eod. tit.* nimirum ut ſummatim dicam, cum olim per legem XII. tabb. cuius mentio fit non ſolum *in l. 127. verbis, ff. de V. S.* ſed etiam *in Novel. 22. de nuptiis. c. 2.* cum inquam per hanc legem ampliſſima eſſet poteſtas teſtatoribus, etiam totum patrimonium ſuum legatis exhauriendi, ita ut nihil relinqueretur hæredi, præter nudum nomen: hanc licentiam deinde coarctatã fuiſſe aliis legib poſterioribus, primùm Furiâ, deinde Voconiâ, cuius & Paulus meminit *in Sententiis*, tandem verò & pleniſſimè quidem lege Falcidiâ: (quæ tamen, ut Lex Aquilia, plebiſcitum potiùs fuit, quàm lex propriè dicta.) & quidem ita fuiſſe reſtrictam atque coarctatam teſtandi ſeu legandi licentiam, ut non ſupra dodrantem, id eſt, novem uncias, liceret legare, ſed oporteret quartam, id eſt, tres uncias integras relinquere hæredi: quas ſi hæres ſalvas non haberet, tum ut liceret ei de legatis immodicis pro rata detrahere, vel deducere, quantum ſatis eſſet ad quadrantem ſupplendum. Ratio, quare ad hunc modum refrenanda fuerit nimia illa poteſtas & licentia, hæc erat: quòd ſæpè homines contrà quàm voluerant inteſtati morerentur. Nam hæredes nolebant hæreditatem, ſic exinanitam legatis, adire, pro nullo vel certè minimo lucro, cum interim eſſent expoſiti multis moleſtiis hæreditariis. Si quod enim defunctus reliquit æs alienum, nemo niſi hæres eius, qui quaſi eadem eſt perſona cum defuncto, eumque repræſentat, convenitur, etiam ſupra vires hæreditatis: quod maximè obtinebat, cum nondum eſſet inventum beneficium Inventarii, de quo infrà dicemus ex *ead. Novel. 1.* & ex *l. ult. C. de jur. deliber.* & ex *§. penult. Inſtit. de hæred. qual. & diff.* Hocautem ipſis teſtatoribus erat incommodum, ferè etiam ignominioſum; non invenire hæredem, quem ipſi elegiſſent tamen, atque inſtituiſſent. Quare quàdam velut illecebrâ invitandi erant hæredes ad additionem hæreditatis: & proinde ipſis indultum fuit hoc beneficium detrahendi quadrantem de legatis immodicis. Atque ita elegan-ter *illecebram quadrantis* vocat Balduinus *in Juſtiniano, pag. 515.* cuius etiam libellus extat ſingularis, *de lege Falcidia, in volumine quod fecit ad leges de jure Civili.*

Dee

De hoc igitur quadrante quæ Falcidia vulgò appellatur, plurimæ, eæque satis subtiles atque difficiles natæ sunt inter Jurisconsultos jam olim quæstiones & disputationes, ut videre licet *in dict. tit.* maximè Digestorum, adhibito quasi manuductore Treutlero nostro *Disputat. 14. volum. 2.* Nos extra oleas nimium evagari videremur, si omnia, quæ de Falcidia quæri & disputari possunt, hîc persequeremur, adeoque vix tota hyems nobis sufficeret ad illa absolvenda. Satisfecero meo muneri, † si ea exposuero, quæ *in Novellis suprà dictis*, maximè *in Novel. 1.* de hac afferuntur, quæque per hanc occasionem à Dd. quæri solent. Maximè verò hæc pertinent ad eos casus, quibus cessat Falcidiæ detractio. 4

Admonendi autem sumus initiò: fuisse quidem ante Novellas etiam quosdam casus, quibus Falcidiam detrahere non liceret, sed oporteret integra præstare legata: † Justinianum verò multò plures adinvenisse, valdeque imminuisse legis Falcidiæ potestatem: adeoque omnes veluti rationes Falcidiæ submovendæ captasse: ut cui jam minùs favere cœpisset; quod & Cujacius & Balduinus *ad hanc Novellam primam* rectissimè observârunt, ex quibus Balduinus *in suo Justiniano in fine dictæ Novellæ* ait. hanc Novellam primam aliquot locos Juris Civilis & perpetui complexam esse, † quod ad commendationem Novellæ nostræ, atque ad excitandam attentionem magnopere facit: sicut hoc quoque, quod in eandem Baldus bis satis accuratè scripsit, semel cùm esset adolescens viginti annorum, & iterum cùm jam vir esset quadragenarius. 5 6

Sed † nos ordine enumeremus illos casus, quibus detractio Falcidiani quadrantis cessat, nec hæredi conceditur. Eos quinque observare, vel numerare licet *in dd. tribus auth.* de quibus primò videbimus: deindealios quoque adjungemus. 7

Primus † itaque casus hic est, si testator, cùm non ignoraret vires patrimonii sui, sive quantum in bonis haberet, expressim vetuerit, ne hæres quartam sive Falcidiam detraheret. Tunc enim ob expressam voluntatem defuncti, qui prohibuit detractionem cogetur hæres solida & integra legata, etiam ultra dodrantem relicta, præstare. Potest igitur testator *ex Novel. 1.* prohibere, ne hæres utatur Falcidia: utpote cum Imperator dictam legem quasi subjecerit voluntati testatorum, ut loquitur Balduinus *pag. 511. in Justiniano.* Quod valdè novum est. † Nam olim locus erat Falcidiæ, quamlibet invito testatore, nec poterat cavere testator, ne Lex Falcidia in suo testamento locum haberet. *l. 55. nemo potest. ff. de leg. 1.* Videatur Cujacius *pag. 20. & 24.* Neque tantùm auferri nō poterat quarta hæredi per testatorem: sed ne minui quidē, puta per æstimationem à testatore factam. *l. 15. quod bonis. §. ult. ff. ad L. Falcid.* vel si testator hæredem certis rebus contentum esse præcepisset, pro Falcidia, sive loco Falcidiæ: *l. 11 si ut allegas. C. eod. tit.* ac ne per obliquum quidem poterat eam prohibere, *l. 18. si quis. C. eod. tit.* Pauci tantùm casus excipiebantur, etiam veteri jure, ut 1. favore libertatis, eamque ad rem etiam conjecturæ voluntatis 8 9

tacitæ ſufficiebant, ut locus Falcidiæ non eſſet, *l. 6. decem legata ff. de fideicommiſſ. libert. l. 33. ſervus. ff. ad L. Falcid.* cuius exceptionis ratio redditur à Voluſio Metiano *in l. præcedent. §. ultim.* quia favor libertatis ſæpè & aliâs benigniores ſententias exprimit. Quò facit etiam regula Juris; *libertas omnibus rebus favorabilior eſt.* 2. in legatario & fideicommiſſario: Nam huic quoque teſtator, qui abeo alteri quid reliquerit, ac reſtitui voluerit, prohibere poteſt Falcidiam *d. l. 32. §. ultim. & l. 46. Lex Falcidia, §. ultim. ff. ad L. Falcid.* 3. ſi ad voluntatem teſtatoris, tanquam hominis privati prohibentis deductionem Falcidiæ, acceſſiſſet reſcriptum principis, quamvis non ipſe princeps, ſed alius hæres inſtitutus eſſet *l. 30. ſi legatus. §. ultim. ff. ad S C. Trebell.* De his tribus exceptionibus juris veteris Cujacius quoque videri poteſt *pag. 24. & 25.* Illud tamen facere teſtator poterat, ut teſtamento ſuo caveret, ne ex uno legato hæres Falcidiam deduceret. *l. ſi in teſtamento. 64. & l. qui quadringenta. 88. ff. ad L. Falcid.* Videatur Cujacius *ad Novel. 27. & tractat. ad Africanum 5.* Non pote-
10 rat † quoque olim vivo teſtatore hæres alligari pactione, ne Falcidia uteretur. *l. 15. quod bonis. §. 1. ff. ad L. Falcid.* ubi eleganter Papinianus privatorum cautione legibus non eſſe refragandum conſtituit. Quæ ſententia ex eodem Papiniano alio loco repetitur. *l. 38. Ius publicum. & l. 42. inter ff. de pact.* Cui ſimile eſt quod non poſſit filius vivo patre aſtringi ulla pactione, ne querelam inofficioſi teſtamenti inſtituat ut ſuprà *alio capite* dixi *ex l. 35. C. de inofficioſo teſtamento.* & ex Paulo *lib 4. ſent. tit. 5.* Dixi *vivo teſtatore*: Nam poſt mortem eius valet conventio, ne hæres Falcidia utatur. *l. ultim. C. ad l. Falcid.* quæ etiam ſententia fuit Ulpian. *in l. 46. qui quod. ff. eod. t.* Hodiè tamen videtur etiam vivo teſtatore legi Falcidiæ poſſe derogari privata conventione, ut putat Cujacius *h. p. 28.* & probat Giphanius noſter *in Diſputat. de pactis.*

11 Dix de † *expreſſa* prohibitione Falcidiæ à teſtatore facta heredi. v. g ſi ſic dicat, *hæres meus Falcidiâ ne utitor*: vel, *veto hæredem meum quartam*, vel *quicquam deducere de legatis*, *&c.* Eaque res dubitationem nullam habet. Sed quæritur de eo, ſi teſtator non quidem expreſſim hoc dicat, ſe prohibere ne hæres Falcidia utatur: vel ne quartam deducat: veruntamen jubeat omninò integra & in ſolidum præſtari legata? Reſpon. Hîc quoque videbitur æquè rejeciſſe Falcidiam: tametſi hîc quoque magis expreſſa eſſe videtur voluntas teſtatoris, quàm tacita. Quid enim intereſt, utrum quis vetet deduci Falcidiam, an jubeat integra præſtari legata? Nam & qui nihil deduci vult, is jubet præſtari integra quæ reliquit: & qui integra ac ſolida ea præſtari jubet, is hoc ipſo
12 quicquam deduci vetat. Poteſt † tamen etiam monſtrari caſus, ubi propter tacitam & ex conjectura ſeu interpretatione collectam teſtatoris voluntatem, Falcidia ceſſat: ut ſi teſtator prohibuerit, ne legatarius rem alienet, ideo ſcilicet ut tantò magis ad hæredem legatarii res perveniat. Hoc ipſo namque cenſetur hæres teſtatoris prohibitus Falcidiam in eo legato exercere. Videatur Balduinus *pag 514. in Iuſtin.* & Cujacius *ad Novellam primam, pag. 29.* Sed hic caſus tractatur vel affertur *in Novell. 119. cap. 11.* inque *Authentic. ſed & in ea. C. ad L.*

ad L. Falcid. & nos de eo infrà *ſub hoc capit.* Nam quia hos caſus diſtinxit & Imperator & Julianus & Irnerius, præſtat nos quoque illorum ductum ſequi, & de his ſeparatim tractare.

Sequitur † *in d. Authent. ſed cùm teſtator, &c. Non ignarus, quia modus ſit ſui* 13
patrimonii. Ex qua clauſula ſeu limitatione, in contrario ſenſu intelligimus: aliud dicendum, ſi teſtator neſciverit quantum in bonis haberet: id quod ſæpè contingit, præſertim iis, qui in longinquis regionibus negociationes exercent. Sæpè enim de facultatibus ſuis ampliùs quàm in his eſt ſperant homines: ut eleganter ait Imperator. *in §. in fraudem. Inſtit. quibus ex cauſis manum. non lic.*

Additur *in eâdem Authent.* † quid ſciendum ſit, ſi hæres in hoc non pareat 14
defuncto: id eſt, ſi nolit integra præſtare legata, ſed Falcidiâ etiam contra prohibitionem teſtatoris uti præſumat. Tunc igitur hoc ſervabitur, ut hæreditas, ipſo excluſo, aliis perſonis deferatur. Unde ſimul intelligimus, ſi fortè talis ſit hæres inſtitutus, qui etiam ab inteſtato ſuccedere potuiſſet, eum non poſſe omiſſa cauſſa teſtamenti hæreditatem ab inteſtato amplecti. Quoniam omni ſucceſſione jam ſe indignum fecit. Quænam verò † illæ perſonæ ſint, 15
quibus tunc hæreditas defertur, & quo ordine aliis poſt alios deferri debeat: ſumendum eſt ex *Authent. hoc amplius.* quæ ſubicitur *l. ultim. C. de fideicomm.* Ea enim decerpta eſt ex *eadem Novella 1.* Nempe I. defertur ſubſtitutis, intellige, ſi qui ſint in eodem teſtamento ſecundo gradu inſtituti hæredes. II. cohæredibus adeuntibus. Præferuntur igitur ſubſtituti cohæredibus hoc quidem caſu, quamvis in aliis cohæredes primi gradus, id eſt, ſimul inſtituti, priores ſint in hæreditate ſubſtitutis. III. generali fideicommiſſario, id eſt, cui quis rogatus eſt totam hæreditatem reſtitere. IV. legatario ſoli, ſi unus eſt. V. ſi plures ſint legatarii, tunc ille præfertur cæteris, cui major pars eſt relicta. VI. ſpeciali fideicommiſſario, id eſt, cui quis res ſingulas reſtituere rogatus eſt. VII. legatario majoris emolumenti, vel omnibus, vel volentibus: VIII. libertis in eodem teſtamento manumiſſis. IX. his omnibus deficientibus extraneo cuilibet adire volenti. Qui caſus valdè eſt ſingularis, ut ſcilicet aliquis hæredem habeat planè extraneum, de quo nunquam cogitavit. Sed intelligimus hinc ſummum ſtudium Imperatoris noſtri in conſervandis teſtatorum voluntatibus: utpote quibus nihil magis favorabile vel magis debitum defunctis agnoſcebat. *l. 1. C. de SS. Eccleſ. & l. 5. ff. teſtam. quem. aper.* X. ſi ne extraneus quidem ullus reperiatur, qui adire velit & legata integra præſtare: tum denique fiſco hæreditas defertur.

Superiora omnia pertinent ad caſum primum, quo ſcilicet teſtator prohibuit Falcidiam: tunc enim hæres ea non utetur, ne videlicet contra voluntatem defuncti luctari videatur. Sed hæc † tamen prohibitio ad legitimam 16
portionem ſe non extendit. Neque enim poteſt quiſquam cui legitima debetur, prohiberi à teſtatore, ne eam detrahat. Videatur Jul. Clarus *in §. teſtamentum. quæſt. 72.* Nam, ut *cap. præced.* dixi, Legitima integra, & quidem libe-

ra, puraque ab omni onere, relinqui debet. Hoc autem omnium maximum esset onus, planè eam prohiberi ne deducatur.

17 Quæritur, quoniam constat jam à testatore prohiberi posse Falcidiam, † an idem etiam statuto fieri possit? Et dicendum, omninò posse Falcidiam etiam statuto prohiberi, non minùs quàm à testatore. Sic habemus statutum Reip. Noribergensis *tit. 29. l. 10.* Von Testamenten/darinnen/ &c. ubi planè tollitur Falcidia. Potest itaque hodiè testator totam hæreditatem suam legatis vel fideicommissis exhaurire, ut nihil penes hæredem remaneat. Ex quo apparet tandem reditum esse jure novissimo ad jus duodecim tabularum, sicut in aliis quoque articulis factum esse alibi docui.

18 Quæritur etiam de † Trebellianica, an & hanc testator prohibere possit; de qua quæstione videatur inprimis Jul. Clarus *in § testamentum, quæst. 62.* & Andr. Fachinæus *lib. 5. controvers. juris, cap. 4. & cap. 5.* ubi disputat, an Trebellianica possit prohiberi liberis primi gradus. *Item cap. 6.* ubi quærit, an detractio Trebellianicæ prohibita censeatur, quando testator alienationem bonorum prohibuit. Jul. Clarus *d. loco* vocat hanc quæstionem terribilem & arduam: concludit tamen affirmativè, non tantùm si testator expresè sed etiam si tacitè prohibuerit. Videatur etiam Andr. Gail *libr. 2. observ. 138.* Fachinæus autem negativam tuetur *d. cap. 4.* cui etiam acedit Oswald. Hilliger *in Notat. ad Donell. 7. Com. cap. 29. lit. A.* ubi utriusque opinionis auctores ad longum recenset.

19 Secundus † casus, quo Falcidia cessat, continetur *in ead. auth. sed cum testator, vers. Item si hæres*, videlicet si hæres non ignorans vires patrimonii defuncti cœperit, quibusdam solida legata solvere. Hic enim cogendus est etiam reliquis omnibus similiter tota & integra præstare. Balduino hic casus est tertius. *pag. 519.* Ut autem rationes dubitandi & decidendi paucis aperiamus,

20 † videbatur hæres posse solutum repetere ex parte, tanquam in debitum. Non enim debebat legata integra, cùm testator non prohibuisset, quò minùs Falcidiâ uteretur. Videbatur quoque cæteris non posse cogi solvere integra legata ob id quod quibusdam solvisset. Primum enim res inter alios acta, aliis nihil prodest: ut est in *l. sæpe. 60. ff. de re jud. & t. t. C. res inter alios acta, &c.* Deinde non propterea pluribus aliis donare quis potest, quia uni donavit: *arg. l. 82. donari. ff. de Reg. Iur.* Atque ita qui uni sponte quid remisit, potest alteri non remitte-

21 re. *l. 6. § ult. C. ad L. Falc. & l. 15. § 2. ff. eod. t.* Contrarium † tamen constituitur, idque ideò, tùm quia indebiti repetitio sive condictio cessat, quoties quis sciés se non debere, tamen solvit. Videtur enim donasse, secundum regulam juris: *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est. l. 53. cujus. ff. de Reg. Iur.* Tùm, quia primâ solutione videtur hæres amplecti in omnibus judicium defuncti: ut ait Cujacius: *sive*, hæc est ipsius hæredis, quasi suo juri renunciantis, inchoata quædam liberalitas, quæ in persolvendis legatis perpetua esse debet: ut eleganter Balduinus *pagin. 519. in Institutiano.* Item, quia videtur hæres veluti tacitè in universum convenisse, cùm cœpit quibusdam solvere integra legata, remissâ Falcidiâ, velle se etiam

cæteris

Digitized by Google

cæteris legatariis similiter integra præstare legata & remittere Falcidiam. Quod igitur semel ipsi placuit, amplius displicere non debet. Ita enim hoc factum hæredis ipse Imperator interpretatur: satis quidem liberaliter, cùm alia fortasse fuerit hæredis intentio & cogitatio. ut censet Balduinus *ad hanc Novell. t. p. 521.*

22 Atque † hinc simul responderi potest ad alias dubitandi rationes. Nam quod primò dictum est, eum qui uni donarit non cogi etiam aliis idcirco donare: id verissimum quidem est, sed huc non pertinet. Qui enim integra soluit legata, de quibus quartam deducere poterat, beneficio L. Falcidiæ, in favorem hæredum introducto; is non tàm donat, aut liberalitatem spontaneâ exercet, quàm id quod testator reliquit legatariis præstat, & voluntatem testatoris implet, sive plenam fidem ei accommodat. Ut eleganter loquuntur leges. Videantur *l. 1. & l. ult. C. ad L. Falcid.* Deinde quod dictum est de rebus inter alios actis, id etiam huc non quadrat: Nam qui cæpit uni vel aliquibus solvere legata integra, is non tàm gerit rem inter alios quàm voluntatem defuncti implet: neque habet causam idoneam diversitatis, cur in uno aut aliquibus illam servare velit, in aliis nolit. Denique de *d. l. 6. §. ult. C. ad L. Falcid.* & *d. l. 15. ff. eod.* & si quæ sunt similes in Codice vel digestis, dicendum est, eas hodiè per jus novissimum esse correctas & mutatas.

23 Additur † *in d. Auth. sed cum testator: nisi inopinatum quid emergat*: hoc est, nisi aliquod æs alienum postea in noticiam hæredis pervenerit, quod priùs latebat, quo vires hæreditatis sive patrimonii defuncti diminuantur. Hoc enim casu, quia versatur error sive ignorantia facti, non nocet hæredi, nec impedit repetitionem (nempe eius quod soluit tanquam indebiti. *l. pen. § 5. verf. quod si ideo. ff. de jur. & fact. ignorant.* ubi eleganter inquit Paulus, *ignorantiam facti, non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.* Videatur etiam *l. 9. error. C. ad L. Falcid.* ubi Imperator Gordianus: *error*, inquit, *facti, quare ex causa fideicommissi non retenta, repetitionem non impedit.* Altera deinde pars eiusd. legis ubi exponitur, quando cessat condictio sive repetitio eius quod solutum est, concordat cum *l. 1. & l. fin. C. eod. t. ad L. Falcid.* Veruntamen † si metuatur latens aliquod 24 æs alienum, sive si dubitetur de quantitate & viribus hæreditatis; longè tutissimum est, ut hæres sibi prospiciat cautione seu satisdatione prætoriâ, qua caveat legatarii, datis fidejussoribus se reddituros quod ampliùs cœperint, quàm per L. Falcidiam licuisset, posteaquam scilicet quantum illud sit, apparuerit: de quo genere satisdationis agitur *in tit. ff. si cui plus, quam per L. Falcid.* & attingit hanc rem etiam Paul *in d. l. pen. §. 5. ff. de jur. & facti ignorant.*

25 Excipitur † hic quoque legitima. Eam enim potest quis (verbi gratia filius) retinere, etiamsi aliquibus integra legata aut fideicommissa solvere cæpit: ut rectè *hîc*, post alios, admonet Cujacius *p. 30.*

26 Tertius † casus, quo cessante Falcidia cogitur hæres solida præstare legata, est si hæres non confecerit Inventarium. Et benè notandum est quod additur in *d. auth. verf. quo non observato.* quod talis hæres, debeat præstare legata solida, etiamsi fines hereditarios excedant, hoc est, etiamsi Legata plura sint relicta, quàm sit in hæreditate sive in bonis habeat testator. Cogetur ergò de suo præ-

ſtare; unde non tantùm omne lucrum amittet, ſed etiam grande damnum ſubibit. Quæret quispiam cur hæc tam dura lex ſcripta ſit in hæredem? Ratio
27 eſt: quia hæres, † qui inventarium facere negligit, in quo res ſingulas palàm deſcriptas explicet; ſed res hæreditarias ſupprimit ac celat; videtur, expilaſſe hæreditatem & res aliquas ſubtraxiſſe: unde tanquam prædo aliquis tanto odio & pœnâ iſtà amittendæ Falcidiæ dignus habitus eſt Imperatori. Cui ſimile eſt quod etiam tutor, qui non fecit repertorium ſeu inventarium rerum pupil-
28 larium dolo malo feciſſe videtur *l. 7. ff. de adminiſtrat. tut.* Dices: † Atqui ex ſuſpicionibus non debet quis condemnari. *argum. l. fin. C. de probat.* Reſp. eam regulam loqui de criminibus: hîc verò non verſamur in materia criminali; ſed in cauſa merè civili, & damno pecuniario, quod qui ſuſtinet, ſibi debet, non aliis imputare: ut eſt in reg. juris. Quæritur de forma & modo inventarii conficiendi? De ea dicam *infra cap. prox.* Nunc enim præſtat ad cæteros caſus quibus
29 ceſſat Falcidia recta pergere: ubi tamen hoc prius admonuero, † pœnam omiſſionis inventarii, de qua hic agimus, non porrigi ad legitimam. Hæc enim ob non confectum inventarium non amittitur; quam limitationem poſt alios etiam Cujacius notat *ad Nov. 1. p 30* tametſi addat, hanc ſententiam Fulgoſio diſplicere, ob hanc rationem, quia liberi, vel alii qui non fecerunt inventarium, præſumantur ex hæreditate plus ſatis amoviſſe. Sed communis opinio tamen eſt in contrarium ipſo fatente Cujacio: in verbis, *receptum eſt*: quæ etiam favorabilior videtur.

30 Sequitur † quartus caſus quo Falcidia ceſſat, de quo agitur *in Auth. ſed & in ea. C. ad L. Falcid.* nempe ſi quis rem aliquam legatario ita, & hac lege, reliquerit, ne alienetur; ſed ut apud ſucceſſores eius permaneat: hoc eſt: ſi teſtator legato adjecerit prohibitionem alienationis. Quod quidem poteſt: cùm unusquisque rei ſuæ legem dicere poſſit quam vult, eaque ſervanda ſit. *l. 9. §. hæ quoq; res. ff. de acquir. rer. domin. § per traditionem. Inſtit. de rer. alien. cum ſimilib.* Videatur *Nov. 119. cap. 11.* Rationem jam ſupràattigi, quia hic tacitè voluiſſe videtur teſtator, ne hæres de tali legato quicquam detrahat. Nam alioquin ſi quid detrahere liceret, inanis fieret atque eluſoria iſta prohibitio alienationis: quod permitti non debet. Plura de prohibitione alienationis à teſtatore facta, & quam vim illa habeat *infrà ſub alio capite* explicabo.

33 Quintus † caſus quo Falcidia ceſſat ex jure noviſſimo eſt in Legatis ad pias cauſas relictis. Germ. Was zu milden ſachen geſchickt oder verſchaffen iſt. *Nov. 131. cap 12. & Auth. ſimiliter. C. ad L. Falcid.* Sed circa hunc articulum diſtinctione opus eſt: Aut enim hæres moram facit in præſtandis talibus legatis, ſive eſt fruſtrator & tergiverſator: aut non eſt morator, ſed in tempore, hoc eſt intra ſex menſes ea præſtat. Priore caſu hæres Falcidia non utitur: poſteriore utitur. Ita Giphan. *ad l. 7. in fin. C. ad L. Falcid.* ex Theodoro Balſamone *ad Nomocanonem Photii tit. 2.* Et ratio differentiæ manifeſta eſt, quia qui moram in præſtandis legatis fecit, eaq; intra legitimum tempus hoc eſt ſemeſtre, non ſoluit, hanc pœnam meretur ut perdat Falcidiam: Qui verò intra illud tempus (ab inſinuatione teſtamenti numerandum) legata ad pias cauſas præſtitit, non eſt hac pœnâ dignus.

Digitized by Google

dignus. Etsi autem hæc sententia mihi quoque æquior ac verior videtur: utpote fundata in ipso textu *Nov. 131. cap. 12. vers. si autem legatum. & vers. si autem distulerint*: tamen vulgò ferè obtinuit, ut indistinctè cesset Falcidia in legatis ad pias causas relictis: & ita etiam sentit Balduinus *in Justiniano pag. 515.* & Irnerius indistinctè sic retulit *in d. Auth. similiter. C. ad L. Falcid. Falcidia*, inquit, *cessat in his, quæ ad pias causas relicta sunt.* Videatur Andreas Tiraquellus *in tractat. de privileg. piæ causæ privileg. 26.* ubi prolixè agit de ratione rei & *sequenti privileg. 27.* docet plurimis auctoritatibus, Quartam Trebellianicã ex fideicommisso universali ad pias causas relicto non deduci. Huc † pertinet etiam *l. 1 §. 5 ad municipum. ff. ad L. Falcid.* quam alii legunt affirmative, in quibus est etiam Giphan. *ad l. 7. C. d. t.* alii negativè posito *non* pro particula *vel*. Ita Cujacius *in notis ad Institut & in sentent. Pauli lib. 4. tit. 3.* & Franciscus Balduinus *in Justin pag. 515.* Hoc scilicet modo constituta lectione: *Ad municipum quoque legata, non etiam ea, quæ Deo relinquuntur. L. Falcidia pertinet.* quem (Cujacium) refellit Guliel. Fornerius *lib. 2. Select. c. 25.* eumque secutus A Fachineus *lib. 5. controv. jur. cap 17.* 32

Et hæc hactenus de quinque casibus cessantis Falcidiæ. qui in Authenticis ordine afferuntur. Ex quibus primus fuit si testator prohibuerit ne hæres Falcidia utatur, ubi † ab interpretibus quæri solet an sicut Falcidia in legatis ita etiam Trebellianica prohiberi possit, in fideicommissis universalibus? De hac quæstione, quam superiùs prætermisi, diversæ sunt Dd. sententiæ, quorum alii affirmant, alii negant: ut videre est apud Jul. Clarum *in §. testamentum. quæst. 62.* & apud Ant. Gabrielium *in communibus conclus. tit. ad Trebell. conclus. 1.* Item apud Guliel. Benedictum & Did Covarruviam *ad cap. Raynutius. extr. de testament.* Giphan noster sententiam affirmativam ut veriorem probat, *in comment. l. 7. C. ad L. Falcid.* Negativam verò præfert Fachin. *5. controvers. 4* cujus sententiam solidioribus fundamentis subnixam præfero. 33

Ad secundum casum † notari potest hæc quæstio: Quid si miles sit hæres, qui ignoratione L. Falcidiæ, quibusdam integra legata solvit, an & cæteris ob id solvere cogetur cessante Falcidia? Et placet mihi sententia Cujacii *ad Nov. 1. pag. 31* existimantis militi hæredi ignoscendum esse, neque posse eum cogi ad legata integra etiam cæteris præstanda, ideò quia quibusdam solida præstitit. Erit igitur hæc Exceptio ad secundum casum. Cujus exceptionis hæc est ratio, quia milites arma magis quàm jura sciunt: ut est in *l. ult. pr. vers. arma. C. de jure deliber.* 34

Ad † tertium casum omissi inventarii quæritur, an etiam pœna ob hanc causam amittendæ Falcidiæ pertineat ad militem hæredem? Id rectè negat Cujac. *d. loco.* Aliud autem est in hærede militis. Hic enim perindè ut cujusvis alterius hæres si inventarium non confecerit periculum subit amittendæ Falcidiæ Balduinus *ad Novellam nostram p. 5. 24.* 35

Sunt autem & alii casus quibus Falcidia cessat: de quibus restat ut deinceps cognoscamus.

Sextus † igitur casus est, in testamento militis. quod quidem multis constitutum est leg[illegible] missionem. ff. ad L. Falcid. l. 7. in testamento. C. eod. l. 1. 36

§. *Deni-*

Octavò † cessat Falcidia in fideicommisso tacito. Vocamus autem tacitum 41
fideicommissum quod in fraudem legum alicui incapaci relinquitur: verbi gratia, hæretico &c. Ratio autem, cur hoc casu hæres, qui fidem testatori tacitè commodavit in fraudem legum, promittens scilicet ei roganti, se velle restituere res aliquas incapaci: cur, inquam, ob id Falcidiam amittat: eadem est cum superiori septimo casu: quòd scilicet indignus sit beneficio legum qui in leges committit. Exceptio est in servo & filiofamil. qui etiam de tacito fideicommisso, nihilò seciùs Falcidiam detrahunt, quàm de quolibet alio. *l.13. si tacitum. ff. ad L. Falcid.* ubi & ratio redditur: nempe quia parere servus domino, & filius familias patri debuit: quò facit *l.157. ad ea. ff. de Reg. jur.*

Nonò † cessat Falcidia in servo qui hac lege legatus est, ut manumittatur. 42
l.33 si servus, & l.36. sed si non. §.1. ff. ad L. Falcid. idque ideo, ne impedimentum afferatur libertati; quæ maximè est favorabilis.

Decimò † & ultimò, cessat Falcidia quando hæres promisit, se eâ non usu- 43
rum: id est, si jus suum remiserit, vel juri suo renunciaverit. *l.46. qui id quod. ff. ad L. Falcid. & l. ult. C. eod.* Sed de his duobus postremis casibus suprà quoque diximus nonnihil *ad casum primum.*

Atque hæc hactenus de L. Falcidia, quando ea cesset; † de quo argumento 44
videantur etiam Mynsingerus & Schneidewinus, *ad tit. Instit. de L. Falcid.* Et de Trebellianica quando cesset, videri quoque potest Tiber. Decianus *responso 44. vol. 3. necnon in aliis aliquot responsis.*

CAP. VI.

De pœnâ eorum, qui non implent ultimam voluntatem defuncti. Ad eand. Novell. 1. cap. 1. & Authent. Hoc amplius. C. de fideicommiss.

SUMMARIA

1 *Favore ultimarum voluntatum, heredibus eas non exequentibus hereditas aufertur.*
2 *Extraneus heres hic dicitur cui non debetur legitima.*
3 *Legitima ne quidem ex causâ, non adimpletæ ultimæ defuncti voluntatis, amittitur.*
4 *Hereditas heredibus ob non adimpletam defuncti voluntatem ablata; cui deferatur.*
5 *Ultimam voluntatem pro lege esse. & sub pœnâ amittendæ hereditatis implendam; quatenus verum sit & num seqq.*
6 *Primum requisitum: ut voluntas sit legitima.*
7 *Secundum requisitum: ut, quod testator innuxit, non ipso iure remittatur.*
8 *Tertium requisitum: ut ea qua testator heredem facere jussit, lex non reprasentet*
9 *Quartum requisitum: ut heres annum integrum ædis admonitionis cessaverit.*
10 *Quintum requisitum: ut testator heredi nullam aliam pœnam specialiter indixerit.*
11 *Exheredati cur non vocentur inter eos quibus hereditas contumaci heredis ablata defertur?*
12 *Quid si legatarius, aut fideicommissarius, aut mortis causâ donatarius, voluntatem defuncti non faciat?*
13 *Titulus prioris partis Nov. 1.*
14 *Rationes tres, ob quas heres voluntatem defuncti servare debeat.*
15 *Pœna dupli ob legatum venerabilibus locis non præstitum, abrogata per Novellas.*
16 *Pœna alia ob legata piis causis relicta, ab herede non exoluta.*
17 *Moribus nostris testatores ipsi ultimarum suarum voluntatum executores constituunt: & pœnas contra eas aliquid molientibus irrogant.*

1 CUm nihil sit, † quod magis debeatur hominibus, quàm ut eorum voluntas suprema habeat exitum. *l. vel negare. 5. ff. testam. quemad. aper. & l. 1. C. de SS. Eccles. l. fin. § fin. C. commun. de legat.* non immeritò legislator odio & pœna dignos censuit eos, qui ultimas voluntates non exequuntur, neque adimplent. Huc igitur pertinet prius membrum *Novell. 1.* ubi Justinianus quodammodò restituit jus vetus, quod aliorum principum constitutiones aboleverant; de hæreditatibus fisco interdum inferendis, ob eã causam, quod hæres contra voluntatem testatoris fecisset, vel id, quod jussus erat, non fecisset: sicut etiam posteriore membro *eiusdem Novellæ* quodammodò in usum revocavit legem XII. tabul. de libertate testandi, non obstante Falcidia.

Hæredi igitur, qui voluntati defuncti non obtemperat, sancit, auferri debere hæreditatem, tanquam indigno, eamque vel totam, si sit extraneus: (*extra-*
2 *neum* † autem *hæredem* hîc vocamus quemlibet, cui non debetur legitima: sive qui non habet querelam inofficiosi testamenti, quantumlibet aliàs cognatione defunctum attingat) vel deductâ legitimâ quod supereſt; si hæres ex eorum sit numero, quibus legitima portio debetur, quâ sibi non relictâ, querelam habent inofficiosi: secundùm ea, quæ suprà dixi *cap. 4.* Ubi notandum
3 est, † legitimam usque adeò deberi: ut ne quidem ex ea causa amittatur quòd
4 hæres contra defuncti voluntatem fecerit. Ablata † autem ex tali causa hæreditas, vel pro parte hæredi, ut indigno (cur enim non videatur indignus, ut, qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate? ut ait Papinianus *in l. si patroni. 55. § 3. quid ergò. ff. ad SC. Trebell.*) hæreditas, inquam, non statim vindicatur, sive applicatur fisco, sed octavò demùm & ultimo loco. Præcedunt enim fiscum isti omnes: substitutus cohæres, fideicommissarius, id est, is, cui hæres rogatus est restituere hæreditatem; legatarii & fideicommissarii particulares sive rerum singularum: ex quibus ille præfertur cæteris, cui uberius relictum est legatum vel fideicommissum, vel omnes simul admittuntur, si par omnium sit causa: item manumissi in eodem, secundùm ordinem scripturæ: vel omnes simul, si non appareat, quis illorum primo loco sit scriptus: item hæredes legitimi: item quilibet extraneus: quod genus, successores *anomalos* vocat Bartolus post Accursium, *Nov. 1. § & hæc quidem. n. ult.* quia scilicet, neque ex testamento sint, utpote non instituti neque legitimi, quia fieri potest, ut extraneus ille non sit cognatus &c.

5 Sed quæritur hîc, † an ergo quælibet voluntas defuncti executioni mandanda, sive implenda sit, sub hac pœna amittendæ hæreditatis? Ac tametsi dicat Imp. *disponat testator: & erit lex, ipsius voluntas*: quæ & vulgi ore tritissima est sententia: tamen cum grano salis, ut dicitur, hoc accipiendum est. Oportet
6 † enim ut voluntas testatoris sit legitima, sive legibus conformis: injustæ verò sive illegitimæ voluntati hæres impunè non parebit: Nemo enim efficere potest ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest 55. ff. de leg. 1.* Hoc
7 primum. Deinde † oportet, ut quod testator injunxit hæredi, hoc ipsi à jure non remittatur. Nam *quod jus remittit; id etiam hæres impunè omittit*: ut eleganter in-

Digitized by

ter inquit Cujac. *ad Nov. 1. p. 15.* Exempla eorum, quæ jus remittit hæredi, sunt ista: 1. Conditio juris jurandi: Nam si testator hæredi quid reliquerit sub hac conditione, *si juraverit*; ea conditio pro non adjectâ habetur, & hæres nihilominùs capit quod sibi relictum est. *l. 8 quæ sub conditione. in pr. ff. de condit.* instit. ubi Ulpianus elegantem reddit rationem: *quia*, inquit, *nonnulli hominum faciles sunt ad jurandum contemptu religionis: alii perquàm timidi metu divini numinis usque ad superstitionem.* 2. Conditio viduitatis *l. 63 cum ita. & l. 74. mulieri. ff. de cond. & demonstr. l. 2. & l. 3. C. de ind. vid. toll.* 3. Conditio divortii *l. 5. C. de Instit. & substit.* 4. generaliter quæcunque testamento caventur in fraudem legum, ea reiiciuntur, & à jure ipso remittuntur. *l. 27. Servius in f. ff. ad L. Falcid.* ubi conditio, quæ fraudis causâ adscripta est, perinde habetur, ac si adscripta non esset: unde & Paulus *lib. 3. sentent. tit. 5.* inquit: *omnibus qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis auferatur hæreditas: si nihil testamento in fraudem legis fuerit cautum.* His addo, ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam suam; nam has quoque impunè hæres negliget. *l. 113. servo. §. ult. ff. de leg. 1.* Tertiò † oportet, ut ea, quæ testator hæredem facere jussit, lex non repræsentet: Nam in iis quæ lex ipsa repræsentat, id est, non vult primùm expectari quasi à manu hæredis profecta, nihil nocet hæredi non parenti, sua contumacia. Exemplum est in libertatibus, quæ repræsentantur Senatusconsulto Rubriano: *de quo vid. l. 26. cùm verò § 7. subventum. & §§. seqq.* item *l. 28. sicum. in pr. ff. de fideicommiss. libert.* fac. huc *l. ult. C. si mancip. ita fuer. alien. ut manumit.* ubi similiter pœna ex contractu non committitur, cùm libertatē lex repræsentat. Quartò, † ut locum habeat pœna hujus Novellæ, id est, privatio hæreditatis; oportet ut hæres per annum integrum cessaverit in exequendâ voluntate defuncti. Sed hîc quæritur undè incipere debeat computatio hujus anni? Et verius est non à tempore aditionis hæreditatis, sed ab admonitione & conventione judicis incipiendum: quæ est notabilis exceptio ad *l. properandum. 13. C. de Iudic.* Voluerunt aliqui annum hunc numerari à condemnatione judicis: in quibus etiam Balduinum esse video *p. 505. in Iustin.* Sed eos rectè refellit Cujacius docens à condemnatione, non dari annuum spacium, sed tantum quatuor mensium: quod & verissimum est per *l. 2. & l. 3. C. de usur. rei judic.* ubi *quadrimestres induciæ* vocantur, quæ humanitatis causa conceduntur judicatis à lege ad se recolligendum & judicatum faciendum. Idem Cujacius docet *hypomnesin* significare *in h. Novell.* conventionem, quæ fit libello, non autem significare condemnationem. Quintò, † ut locum habeat pœna amittendæ hæreditatis, oportet ut testator nullam aliam pœnam sive mulctam specialiter indixerit hæredi contumaci, sive non parenti. Nam si testator pœnam aliquam certam apposuerit, tunc cessat pœna legalis & illa potius hæredi infligitur quam constituit testator. Quò facit quod vulgò jactatur: *provisio hominis facit cessare provisionem legis.* Exempla varia pœnæ sive mulctæ à testatore appositæ & hæredi indictæ adfert Cujacius, tùm ex legibus nostris, ut *l. 6. & l. 27. in testam. ff. de condit. & demonstr.* tùm etiam ex antiquis monumentis sive inscriptionibus: quæ videantur in illo nobilissimo opere Jani Gruteri *Antiquarum Inscriptionum totius Europæ.* Hæ igitur conditiones

ſive limitationes probè obſervandæ ſunt: ut ſciamus quando pœna *huius Novellæ* 1. locum habeat vel non.

11 Notandum † eſt præterea, exhæredatos non vocari inter eos, quos Imp. vocat in locum hæredis, qui non obſequitur voluntati teſtatoris. Cujus ratio eſt: quia, ſi admitterentur exhæredati, tum vero ſtudio voluntatis defuncti tuendæ, faceremus contra eius voluntatem (quippe voluit exhæredatum excluſum eſſe ab omni emolumento hæreditatis) & defendendo voluntatem eius offendentes eandem, ridiculi evaderemus. Ex quo apparet, deteriorem eſſe conditionem exhæredatorum, quàm extraneorum quorumlibet. Nam extraneus quispiam admittitur ad executionem voluntatis, quam non fecit hæres; & ſimul ad hæreditatem: ſed exhæredatus nunquam admittitur: niſi forte vel legatum, aut fideicommiſſum aliquod, exhæredato ſit relictum; vel niſi unà cum aliis ſubſtitutus ſit. Tunc enim vel inter legatarios & fideicommiſſarios admittetur: vel inter ſubſtitutos.

12 Quæritur, † quid ſi non hæres, ſed legatarius & fideicommiſſarius, & mortis cauſa donatarius ſit, qui contra voluntatem defuncti facit; vel ei non paret? Reſpond. Ad hoc quoque *Novella noſtra* pertinet: nam his quoq;, ſi non paruerint voluntati teſtatoris per annum à tempore admonitionis ſeu conventionis coram judice, (ut ſuprà dixi) omne emolumentum, quod habere poterant ex teſtamento, aufertur quaſi indignis, & ad cæteros ſuprà nominatos ſucceſſivè transfertur: & quidem cum onere cautionis, hoc eſt, ut caveant ſe voluntati teſtatoris obſecuturos.

13 Quæ cum ita ſint, † facilè aſſentior Balduino, qui mavult titulum prioris partis *Novell.* 1. ſic conceptum eſſe: *Si heres, vel legatarius, non faciat, quod teſtator mandavit.*

14 Obſerventur hîc ſimul † tres rationes, ob quas debeat hæres ſervare voluntatem defuncti, quas reddit antiquus Summiſta Johannes *ad Nov. 48.* (quam explicabo *cap. ſeq.*) *de jure jurando à moriente præſtito*: I. quia voluntas teſtatoris eſt pro lege. *§. diſponat. Nov. 22. de nupt. non procul à pr.* II. quia hæres eadem eſt perſona cum defuncto. *l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* III. quia ex quo quis habet emolumentum, ex eodem onus etiam ſentire debet. *l. ſecundum naturam. & l. ex qua perſona, ff. de R. I.* Quæ omnes rationes etiam ad legatarium & fideicommiſſarium accommodari poſſunt, excepta mediâ, quæ propria eſt hæredis. Nam hic ſolus repræſentat defunctum, & quaſi eadem cum ipſo eſt perſona, non etiam legatarius, aut alius rei ſingularis ſucceſſor.

15 Notat quoque † idem Balduinus *p. ſoſ. in Juſtiniano*, per Novellas derogari Juri Inſtitutionum, quo in duplum agitur de legato venerabilibus locis, id eſt, ad pias cauſas, ſive pietatis intuitu relicto: ut eſt in §. *omnes, verſ. Item ex legato. Inſtit. de Action.* Nam ex Inſtitutionibus quidem hæres, qui tamdiu, donec in jus vocatur, recuſat talia legata præſtare, in duplum ea ſolvere cogitur: ſed jure Novellarum hæres nihil quicquam ex teſtamento capere poteſt, ſi anno poſt judicialem admonitionem, ſeu conventionem ceſſaverit.

16 Illud quoque † obſervandum, quod ex *Nov.* 131. hæres, à quo legata ad pias

cauſas

Digitized by Google

causas relicta sunt, si ea non exolvat semel atq; iterum admonitus à magistratu omni emolumento successionis mulctatur. Item, quod si non ultrò ea solverit intra sex menses à morte testatoris: eorum fructus & usuras debeat: quorum utrumque favore religionis sive piæ causæ ita constitutum est. Nam alioqui fructus & usuræ vulgarium legatorum à tempore litis contestatæ debentur: ut est in *l. 1. l. 2. & l. ultim. C. de usur. & fruct. legat. seu fideicom.*

Postremò † ad hanc Novellam ex qua summum apparet studium legislatoris erga ultimas voluntates defunctorum, ut illæ exitum habeant, atq; executioni mandentur, observandum est: moribus nostris nullum ferè testamentum fieri, in quo non aliqui constituantur Executores, (ad minimum duo, interdum etiam unus.) quibus ea cura à testatore demandatur, ut omnia quæ disposuit impleantur, quam ad rem sæpè etiam testatores officium magistratus loci, tanquam supremi Executoris, implorare solent: sicut etiam plerunque pœnas irrogant iidem testatores omnibus iis, quibus aliquid in testamento reliquerunt, si ulla in re voluntati ultimæ contravenerint: quod docet quotidianus testamentorum stylus. 17

CAPUT VII.

De jurejurando à moriente præstito propter mensuram suæ substantiæ. Ad Novel. 48. cum Auth. Quod obtinet C. de probationibus.

SUMMARIA.

1 *Ratio connexionis.*
2 *Summa Novel. 48. & Authent. Quod obtinet. C. de probat.*
3 *Auth. Quod obtinet. perperam sub tit. de probat. collocata est.*
4 *Ratio d. Nov. 48 & d Authent.*
5 *Non eadem ratio aut ius in descriptione bonorum à testatore absque iureiurando factâ.*
6 *Iusiurandum defuncti super patrimonio suo creditoribus non præiudicat.*
7 *Nec debitoribus.*
8 *Voluntates defunctorum eatenus firmæ sunt, quatenus non adversantur legi.*
9 *Voluntas defuncti tota implenda est, non pro parte.*

AUdivimus † *ex Novella 1.* causas aliquot, ob quas hæres privatur successione defuncti, cuius voluntatem non implevit: Jam opportunè subijciemus *hanc Novellam 48.* in qua etiam agitur de causa quadam amittendæ hæreditatis. Ea † talis est: defunctus testamento suo aliavè scriptura fecit descriptionem bonorum suorum, & insuper juravit, se nihil amplius in bonis habere, sive modum patrimonii sui juratò declaravit. Eam descriptionem testatoris, hæredes ipsius, sive sui, id est, in sua potestate, & filiifamiliâs, sive extranei omninò sequi coguntur, iisque bonis contenti esse debent: nec interest, utrum ipsis præsentibus, an absentibus, vel partim præsentibus, partim absentibus, descriptio illa, sive designatio à defuncto facta sit. Si alia insuper bona, quasi hæreditaria indagare velint, vel per quæstiones servorum hæreditariorum, vel aliis modis: justam præbent cau- 1 2

Digitized by Google

ſam hoc ipſo, quare mulctentur ea hæreditate, *d. Novel. 48.* & inde ſumptâ *Au-*
3 *thent. Quod obtinet. C. de probat.* Quæ † tamen authent. ab Irnerio ſub alie-
no titulo collocata videtur, cùm potiùs debuiſſet poni ſub *titulo C. communia*
utriuſque judicii, poſt *l. 10. ſcriptura*: ut docet Balduinus in Juſtiniano *pag. 578.*
4 *& ſeq.* & probat Giphanius *in commentario C. ad d. l. ſcriptura 10.* Rationem † *ini-*
tio d. Novellæ, hanc reddit Imper. quia una quodammodò ſit perſona hæredis &
eius qui hæreditatem in eum tranſmittit: quemadmodum igitur nemo poteſt
propriis dictis & factis contravenire, præſertim juratis: ita neque permitten-
dum eſt cuiquam, ut teſtatoris ſermonibus, cuius in locum ſucceſſit, quaſi al-
ter idem, reluctetur. Cujacius aliam reddit rationem: poſitam in religione ju-
risjurandi; & enixâ voluntate teſtatoris, cuius argumentum eſt, jusjurandum:
videtur enim is qui jusjurandum adjecit, deſcriptioni bonorum ſuorum, hoc
voluiſſe, ut illi ab hæredibus ſuis ſtaretur. facit huc *l. 77. cùm pater. §. filius. ff. de*
5 *leg. 2.* & *l. cùm quis. 37. §. codicillis, ff. de leg. 3.* Aliud † eſt in deſcriptione bo-
norum injuratò facta à teſtatore. Hæc enim veritati non officit, ſive eis amplia-
verit ſeu minuerit verbis teſtamenti modum patrimonii ſui. *d. l. 10 ſcriptura. C.*
communia utriusque jud. l. 1 C. arbitr. tut. l. ſi fundum 81. §. ſi libertus. 4. ff. de leg. 1. d. l.
77. cùm pater. §. pater qui filio. ff. de leg. 2. & l. 11 §. ult ff. ad L. Falcid. Nam hic non
adeò exquiſitè & accuratè modum patrimonii ſui declarat, ut velit hæredes
ſuos eum ſtrictè ſequi, ſed tantùm laxè & lato quodam limite (ἐν πλάτει) illum
definit. Quod diſcrimen rectè obſervavit Cujacius *ad d. Novel. 48. p. 221.*

6 Sed notandum eſt, † hæredes ſolos jurejurando defuncti obſtringi, ut eius
religioni ſine ulteriori inquiſitione ſtare cogantur ſub pœna amiſſionis eo-
rum, quæ ipſis ſunt relicta: hanc enim pœnam mereri videtur illa curioſitas
in ſubſtantia defuncti: ad quam plura pertinere putat & indagare nititur,
quàm teſtator juravit ea contineri: quod jusjurandum, ut etiam alibi, ita
hîc pro veritate habendum eſt. Creditoribus autem nihil præjudicii ex hoc
comparatur: ut loquitur *dicta Authent. Quod obtinet. C. de probat.* Ratio cur
tale jusjurandum creditoribus nihil præjudicet, ſive ipſorum juri deroget,
redditur ab ipſo Imperatore *in dicta Novella*, quia legibus declaratum eſt, quæ-
cunque quilibet pro ſe dixerit, aut ſcripſerit, hæc nihil ei prodeſſe, neque cre-
ditoribus præjudicare. Quò pertinent aliquot leges, ſub *titul. C. de probation.*
ut *l. 5. l. 6. §. 7.* Eodemque pertinet quod nemo teſtis eſſe poteſt in propria cau-
ſa. *l. 10. omnibus. C. de teſtibus.* Poterunt igitur creditores defuncti non obſtan-
te illa deſcriptione, ſeu declaratione teſtatoris, quantumlibet jurata, etiam a-
lia defuncti bona perſcrutari, ſibique nomine hypothecæ vindicare, aut aliis
remediis juris adverſus ea uti.

7 Hîc illud quæri poteſt, † an jusjurandum defuncti, ſive jurata ipſius defi-
nitio modi patrimonii proſit, vel noceat debitori? Et probatur mihi diſtin-
ctio Cujacii: quæ talis eſt: Aut teſtator juravit, ſibi à Titio, v. g. deberi cen-
tum, cùm is tamen deberet ducenta vel trecenta: & hoc caſu hæredes non
niſi centum, in quantum ſcilicet juravit defunctus, à Titio debitore exigere

potue-

potuerunt, atque ita jusjurandum defuncti proderit debitori. Aut testator juravit sibi deberi à Titio tot vel tot florenos, cùm is vel nihil deberet, vel certè longè minus. Hoc casu etiam religiosa affirmatio sive jusjurandum defuncti, nihil nocebit Titio: neque illum constituet debitorem, si antea non fuit; aut in majorem summam quàm revera debebat, obligare poterit. In summa, sicut creditoribus non nocet, non præjudicat, jusjurandum testatoris: ita neque debitoribus, vel iis, qui nihil debent, & pro debitoribus nominantur: hæredibus verò solis nocet. Accedit & hæc ratio, quia jusjurandum non est modus obligandi alterum: sed si omninò obligatio aliqua ex jurejurando nascitur, ea obstringit ipsum jurantem, non alium, qui non juravit, neque aliter contraxit cum eo, qui juravit, neque adversus ipum deliquit. Nec obstat, quod si quis juraverit adversarium sibi debere, is actionem inde consequitur adversus eum, de quo juravit: ut notissimum est ex *tit. ff. de jurejurando.* Nihil, inquam, hoc obstat: quia id verum est de jurejurando, quod vel reus detulit actori, vel judex atq; ita actoré quasi judicé fecit in sui ipsius causa: ut Ulpianus loquitur *l. 1. ff. quar. rer. act. non det.* Nos autem hìc agimus de eo, qui ultrò juravit, nemine sibi deferente jusjurandum; neque reo, inquam, neque judici.

Ex † *eadem Novel. 48. in pr.* notandus est textus quo probatur limitatio illa, de qua *in præcedenti capite* dixi, videlicet dispositiones morientium eatenus firmas ac validas esse debere, quatenus non resultent legi, & apertè sint contrariæ iis, quæ legi placent. Nam voluntas testatoris, quæ legibus adversatur, non debet esse pro lege, neque custodiri. *arg. l. 55. ff. de leg. 1.* 8

Ad extremum ex *dicta Novella 48. nostra*, † notanda est regula de observatione & executione voluntatis defuncti, quæ & alibi in jure nostro inculcatur: oportere scilicet obedire omnibus illis, quæ testator jussit: aut universa negligere: non autem licere hæredi alia quidem eligere & amplecti, aliis verò resultare, seu adversari. Breviter: voluntatem defuncti totam implendam esse, non pro parte. Est enim suprema voluntas quasi una copulativa, cuius omnes partes, aut veras, aut falsas esse oportet. Quo accommodari potest illud S. Jacobi: *Qui deliquit in uno, is omnium reus factus est.* Hinc fit, quod legatarius quoque, vel fideicommissarius non potest legatum, vel fideicommissum sibi relictum pro parte amplecti, pro parte repudiare: sed debet vel totum relictum agnoscere, vel totum repudiare. 9

CAPUT

CAP. VIII.

De Inventario. Rursus ad Novel. 1. & Auth. sed cùm testator. C. ad L. Falcid.

SUMMARIA.

1 *Quinam Inventarium conficere teneantur. & infrà n. 46.*
2 *Nonomnium qui Inventaria faciunt, eadem conditio est.*
3 *An Novellarum interpreti de Inventario agere conveniat?*
4 *Propositio.*
5 *De formâ inventarii conficiendi.*
6 *Solennitates sive requisita inventarii.*
7 *Intra quod tempus inchoandum absolvendumq; sit inventarium, iure Codicis, & Novellarum, & moribus nostris*
8 *De personis in inventario conficiendo adhibendis.*
9 *De confirmatione inventarii ab herede faciendâ.*
10 *Inventarii conficiendi solennia hodiè pauciora, & pro more cuiusque loci spectanda. & num. 14.*
11 *De protestatione heredis, nostris moribus in inventario adjici solitâ, quod omnia, quæ scivirit hereditaria, descripserit: adiecturus & reliqua, si qua præterea resciscat*
12 *An Iudicis præsentia ad inventarii confectionem sit necessaria?*
13 *Statutum Norimberga, & aliorum locorum, ut inventaria confecta producantur in iudicium, & iureiurando confitentis confirmentur præsentibus iis quorum interest.*
14 *Solennitates inventarii statuto vel consuetudine tolli possunt.*
15 *Inventarium non legitimè confectum pro nullo habetur.*
16 *Descriptio bonorum ab ipso defuncto facta, non relevat heredem ab inventarii confectione.*
17 *De effectibus sive utilitatibus inventarii.*
18 *Primus effectus: Heres qui inventarium confecit, non tenetur ultra vires hereditatis.*
19 *Iure civili heres non cogitur ad faciendum inventarium.*
20 *Quod hodiè consuetudine mutatum.*
21 *Secundus effectus: Heres qui inventarium confecit, Falcidiam deducere potest*
22 *Tertius effectus: Inventarii confectio impedit confusionem: & omne ius heredi conservat. & infrà num. 43.*
23 *Quartus effectus: Inventarii confecti beneficio extinguitur ius hypothecæ, quod habebat creditor in rebus hereditariis.*
24 *Quintus: Inventarii confectio facit hereditatem censeri iacentem.*
25 *An heres intra tempus quo inventarium conficitur, possit conveniri in rem actione, remissivè.*
26 *Sextus effectus: Heres qui inventarium confecit, aliquando creditoribus invitis aliud pro alio solvere, & res hereditarias in solutum dare potest.*
27 *Septimus: Heres solvendo creditoribus primùm venientibus non tenetur aliis postea venientibus, si nihil supersit.*
28 *Octavus: Heres potest retinere, vel creditoribus imputare, sumptus funeris, testamenti publicati, inventarii confecti, &c.*
29 *Nonus effectus, secundum quosdam: quòd heres qui inventarium confecit, possit venire contra factum defuncti.*
30 *Quæstiones nobiliores citra hoc argumentum.*
31 *Quomodo creditores hereditarii & legatarii de fide inventarii inquirere possint?*
32 *Quid discriminis sit inter adistionem hereditatis cum iure deliberandi, & aditionem cum beneficio inventarii?*
33 *An per l. ult. C. de iure delib. derogetur l. 69. ff. de acquir. hered. &c.?*
34 *An l. ult. C. de iur. delib. abrogetur per Novel 1?*
35 *An, qui simpliciter adiit, postea pœnitentiâ ductus, cum iure deliberandi, aut beneficio inventarii adire possit?*
36 *An testator confectionem inventarii prohibere possit?*
37 *An omissione inventarii amittatur Trebelliana?*
38 *An omissione inventarii amittatur Legitima?*
39 *An fideicommissarius universalis æquè ac heres inventarium conficere teneatur?*
40 *An triginta dies, intra quos inchoanda inventa-*

ventarii confectio, sint utiles, an verò cessent?
41 *An heredi iustâ de causâ impedito currat tempus præfixum?*
42 *An si heres non quidem primo mense inchoaverit, sed tamen tertio absolverit inventarium, officio satisfecerit?*
43 *An confusio impediatur etiam in herede debitore? & an idem iuris quoad cohæredes? remissivè.*
44 *An hæc quoque pertineant ad Imperatorem, mulierem, rusticum fiscum, Ecclesiam, hospitale? remissivè.*
45 *An heres, etiam non confecto inventario, saltem iure divino & naturali securus esse possit, si non solvat ultra vires hereditarias?*
46 *Enumeratio personarum quæ inventarium facere tenentur.*

INventarium † conficere tenentur istæ potissimùm personæ: 1. heres. 2. usufructuarius. 3. tutor, itemque curator: ut docet Julius Clarus *in §. testamentum, q. 66.* quamvis Giphanius etiam plures nominet *ad l. ult. C. de Iur. deliber. in pr.* & Barthol. Chasseneus *ad Consuetud. Burgundiæ rub. 7. De successionib. §. 13. ad verba: Per beneficium Inventarii. n. 6.* allegans Vitalem de Campanis *in Tract. Cautelarum: tit. Nil novari inventarii confectione pendente. col. 15.* 1 Sed † non omnium, qui inventaria faciunt, eadem conditio est: non sic enim cogitur Inventarium facere hæres, sicut usufructuarius, vel tutor, vel curator, vel alii: sed potest etiam omittere eius confectionem, si malit sine beneficio Inventarii hæreditatem adire: quamvis hoc casu gravius obligetur: nempe ad omne æs alienum à defuncto relictum. 2

Sed omissis cæteris hoc loco de inventario rerum hæreditariarum ab hærede conficiendo potissimùm tractandum est: cujus argumenti † quanquam propria sedes est *in d. l. ult. C. de jure deliber.* ubi de eo copiosè disseritur à Dd. Jasone, Castrense, Sichardo, & aliis, (sicut de inventario rerum pupillarium à tutore conficiendo sedes est *in l. 7. tutor qui repertorium. in pr. ff. de administr. & peric. tut.* & in *l. 24. tutores. C. eod. tit.*) Tamen nihil ab officio suo alienum facit, Novellarum interpres, si de inventario agat. Nam in Novellis quoque nonnihil de inventario adfertur: maximè *Novel. 1.* & *Novel. 115.* 3

Dicam † igitur sub hoc capite, quàm brevissimè fieri poterit, de jure inventarii: de quo ferè quicquid dici potest ad hæc duo summa capita referri potest: vel enim ad eius formam ac solennia, vel ad vim & effectum, utilitatemq; pertinet. Quibus absolutis paucas adjungam quæstiones de inventario, quæ maximum habent usum. Cætera apud eos, qui integros tractatus de inventario confecerunt, inquiri ac legi poterunt. 4

Ad † formam igitur inventarii conficiendi quod attinet, consistit ea partim in tempore, partim in personis, partim in confirmatione, sive subscriptione hæredis. Plerique † octo vel novem constituunt solennitates sive requisita ut vocant inventarii: de quibus videri potest Schneidewin. *ad §. extraneis. Instit. de hæred. qual. & differ.* & Joh. Sichard. *ad d. l. ultim. C. de jure deliber.* Sed ad hæc tria membra referri possunt cætera, quorum tamen nonnulla, vel falsa, vel dubia sunt. 5 6

1. De † tempore sciendum est, id esse duplex: Inchoationis & Absolutionis. Tempus Inchoationis, hoc est, intra quod inventarium debeat inchoari, 7

Justinianus constituit, ut sit 30. dierum, sive unius mensis: deinde absolutionis sunt duo alii menses: ut ita intra tres menses & inchoari, & absolvi inventarium oporteat. Sed hoc tempus trium mensium computari debet, non à morte testatoris, neque ab aditione hæreditatis, sed à die aperturæ tabularum testamenti, quam vulgò vocamus publicationem testamenti. Hæc ita indistinctè obtinebant ex *l fin. C. de jure deliber.* Sed Justinianus postea *Novel. 1.* addidit distinctionem inter præsentes & absentes: Præsentibus (id est, in eadem civitate degentibus) reliquit trium mensium tempus, intra quod & inchoarent & absolverent inventarium: sicut etiam antea constitutum erat. Absentibus autem ab eo loco, in quo est hæreditas, concessit annum: non à tempore aperturæ seu notitiæ numerandum, ut quidam volunt, sed à morte testatoris, ut admonet Cujacius *ad Novel. 1. pag. 22.* Tantum enim tempus existimabat sufficere Imperator ad hæreditatem, quamvis latè diffusam, inquirendam & describendam. Moribus tamen nostris aliquando etiam prorogatio legitimi istius temporis justis de causis concedi solet petentibus à magistratu, ut admonet Giphanius noster *ad d. l ult. C. de jure delib.*

8 II. Sequitur † locus de personis: Non autem hîc nobis sermo est, de iis, qui faciunt inventarium (vulgò hanc vocant causam efficientem) id est, non de hæredibus hîc loquimur: sed de illis personis, quæ inventario huic conscribendo, conficiendo que adhibentur & adesse debent. Tales sunt 1. tabellio, seu notarius publicus: ubi observandum sufficere etiam unicum, sed hunc oportere esse rogatum, sicut ad plæraque alia quæ ad officium notarii pertinent, conficienda rogari debet, sive requiri. 2. alii, quorum interest, putà creditores hæreditarii quibus ex hæreditate aliquid debetur: Ité legatarii & fideicõmissarij, eorumvè procuratores seu mandatarii, (Ihre Vollmächt) si personæ ratio sit habenda inquit Irnerius *in d. Auth. sed cùm testator.* id est si fortè dignitas personæ id postulet v g si sit illustris, &c. cui parùm convenit, ut ipse sit præsens talibus minutiis rerum perscrutandis & tractandis. Item si verecundia sexus obstet mulieri, quò minùs talibus actionibus se immiscat. 3. si illi ad quos res pertinet, vel omnes, vel aliqui absint, eorum loco adhibendi sunt tres eiusdem civitatis testes locupletes, & viri boni, sive integræ opinionis, (gute unberüchtigte Leut/ut nos vocamus) *d. l ult C. de jure deliber. & d. Nov. 1. c. 2.* junctâ *Auth. sed cùm testator. C. ad L. Falcid.* & in his testibus quoque requiritur, ut cognoscant hæredem, quemadmodum loquitur Rolandus à Valle *cons. 73. n. 14. vol. 2* Hîc observandum est, testes semper necessarios esse inventarii cõfectioni: sed sufficere, si adsint præter notarium illi, quorum interest, si sint præsentes.

9 Tertiò. † quod ad confirmationem inventarii ab hærede faciendam attinet: constituit Imperator, ut hæres ipse subscribat, vel si fortè literas nesciat, alius pro ipso subscribat notarius: dum tamen hæres sua manu venerabile signum crucis præponat: religionis scil caussà, & ad excludendam omnem fraudem, vel occultationem aliquorum bonorum. Nihil enim magis, quàm hoc ipsum visum est conferre ad evitationem doli & falsitatis: ut Sichardus quoq; admo-

Digitized by Google

monet *adl.ult.§ fin autem.n.26. C.de jure deliber.* Hoc tamen poſtremum moribus noſtris non amplius obſervatur, ſed ſufficit ſolius inventarii ſubnotatio: ut notat Giphan.*add.l.ult.* Et † in univerſum de forma & ſolennibus Inventarii admonendi ſumus, hac in re dominari conſuetudinem cuiusque loci & regionis: quod ex Baldo repetiit & approbavit Sichard. *d.§ fin autem.n.ult. in fine* Johan.Schneidew.etiã *ad §. extraneis.n.17. Inſtit.de hered.qualit. & different.* annotat ex Caſtrenſi & Jaſone,de conſuetudine non adhiberi tot ſolennitates. Aliàs vix poſſe fieri tale inventarium, quod omni careat vitio: & addit *n. ſeq.* ſufficere, ſi notarius ſequatur conſuetudinem loci, in quo inventarium conficitur. Idq; diligenter notandum monet,ut in praxi utiliſſimum. Moribus † quoque recepta eſt illa cautio, quæ ſimiliter pertinet ad ſolennia, ſeu formam inventarii,ut heres,qui inventarium conficit, apponi curet Proteſtationem ſe omnes & ſingulas res, fideliter jam indicaſſe, & deſcripſiſſe,quaſcunq; ſciverit fuiſſe defuncti: (Nam res ſuas ac proprias in inventarium referre nemo cogitur; unde etiam ab ipſo excuſatur omiſſio inventarii, quod quis exiſtimavit, bona ad ſe pertinere vel ſua eſſe ut docet Modeſtin. Piſtor.*conſ.8.n.29.vol.2.*) Et ſi quæ fortè res per ignorantiam, vel imprudentiam fuerint omiſſæ,quas deinceps contigerit reperiri, paratum ſe quovis tempore adjucere jam deſcriptis, quamprimùm ad ſuam pervenerint notitiam: Videatur Schneidew. *d.loco n.15.* Etſi autem Giphanius cenſet hanc cautelam non eſſe neceſſariam:etſi quoque fatendum eſt à jure illam non eſſe præſcriptam: tamen ſciendum talia ferè infinita eſſe in omnibus propemodum Inſtrumentis, & Libellis, & Teſtamentis, & ſyngraphis &c. de quibus illud vulgutum dici poteſt: *Superflua non nocent, neque vitiant ſcripturas.* Toleranda igitur igitur ſunt, quæ conſuetudo recepit, ne nimium ſapere velle videamur,illa reijcientes,atque expungentes. Perſuaſum quoque † eſt nonnullis auctoritate *Gloſſæ & Bartoli ad Novel.1.§. hinc nobis. n.7.* Inventarium judicialiter fieri debere; adeoque ſine præſentia judicis nullum eſſe. Ita Rolandus à Valle *d.conſ.73.n.36.vol.2.* Sed hoc à jure noſtro valdè eſt alienum. Nituntur illi hoc fundamento, quia citatio debeat præcedere confectionem inventarii: debere enim ad inſtantiam hæredis citari legatarios & creditores, ut compareant tali die, hora & loco, ad videndum fieri inventarium. Roland.à Valle *d.conſ.73.n.22.vol.2.* Jam autem citatio,inquit Bartolus, non poteſt fieri,niſi à judice. Hinc infert: Ergo judicialiter fieri debet inventarium,ſive interveniente judicis autoritate. Reſpond. illam quidem citationem,quæ coactionem quandam in ſe continet, ſive quæ eſt contentioſæ jurisdictionis à nemine alio fieri poſſe præterquam à judice,quia par in parem non habet imperium: ſed talis citatio eorum, qui inventarii confectioni adeſſe debent,non eſt neceſſaria. Sufficit enim quælibet ſignificatio ſive certioratio,& vocatio,quæ etiam à privatis fieri poteſt: ſunt enim iſta voluntariæ, ut ſic loquar,jurisdictionis, vel potiùs nullius jurisdictionis. Quid quod nec moribus noſtris illa Bartoli & aliorum doctrina obſervatur? Multa enim quotidiè conficiuntur inventaria, ubi nulla præceſſit judicialis citatio: ſed tantùm

privata admonitio vel certioratio : quibus Inventariis nulla tamen movetur controversia, quasi minus essent legitima. Postremò de confirmatione in-
13 ventarii observandum est : Statutis † quorundam locorum cautum esse, ut Inventaria domi, sive in privatis ædibus confecta, tandem producantur in judicium, & ab hærede (idem est in tutore, curatore, usufructuario, aliisque, qui inventarium confecerunt) confirmentur jurejurando : præsentibus, & videntibus jurari, legatariis, fideicommissariis, & aliis, quorum interest : qui etiam cum sua, si quam habent, contradictione admittuntur antequam juretur. Tale est statutum Reipub. Noribergensis, *titulo 55. l. 3.*

Et hæc de primo capite principali, id est de solennibus, sive de forma inventarii ab herede conficiendi : qua de re plura videri possunt apud Mynsing. *in §.*
14 *sed & nostra. Instit. de hered. qualit. & different. & in Responso 79 n. 50.* ubi dicit, † solennitates illas, non ita strictè & ad unguem attendi, & *nu. 51.* docet inventarii solennitatem, quatenus est introducta Jure Civili, posse tolli statuto vel consuetudine : non etiam quatenus de Jure gentium illa est : quam ad rem allegat Baldum, Angelum & Speculatorem. Disputari tamen potest, omnem solen-
15 nitatem inventarii esse ex Jure Civili. De hoc primo capite † illud quoque generaliter observari potest : Inventarium non legitmè confectum perinde habendum esse, ac si nullum esset factum. *arg. l. 6. ff. qui satisd. cogantur. & l. 2. ff. de autoritate & consensu tut. vel curat. cum similibus.* Hîc illa decidendam se-
16 offert quæstio, † quid si proferatur descriptio bonorum facta ab ipso defuncto, an ea prosit heredi, & relevet ipsum à confectione inventarii? Quod omninò negandum est : ut docent Sichard. *add. l. fin. §. sin autem dubius. n. 14 & seq. C de jure delibe.* Roland à Valle *cons. 73. num. 11. & seq.* Hieron. Schurff. *consil. 41. num. 3. & 4. cent. 2.* Mynsing. *respons. 79. num. ult.* ubi ad hoc allegat Gulielm. Benedictum *ad c. Raynutius. in verb. in extremis positus, parte 1. extr. de testam.* Ratio est : quia inventarium debet originem sumere ab hærede, & non à defuncto : sive bona cuiusque & hæreditatis vires, spectandæ sunt à tempore mortis, non autem dum vivit : tùm quia viventis nulla est hereditas : tùm quia bona, quæ multa erant in vitâ alicuius, possunt minui ; vel contrà, quæ parva possunt augeri. Hac de re nõ semel in facultate nostrâ consulti, respõdimus. Videãtur ex illis quæ edita sunt, responsum *53 & 64.* Nec obstat *Nov. 48.* de qua supr. *cap. præc.* diximus. Ibi. n. designatio testatoris jurejurãdo cõfirmata est, cui meritò statur : ut sup. expositi. A thîc agimus de descriptione bonorũ injuratâ.
17 Sequitur † de vi & effectu, sive utilitatib inventarii ut explicemus : Primus
18 † igitur & princeps invẽtarii effectus ille est : quod heres, qui inventariũ fecit, nõ tenetur ultra vires hereditatis, sive patrimonii defuncti. *d. l. fin. §. sin aũt dubius. C. de jur. delib. & §. extraneis. Inst. de hered. qual. & diff. & utrobiq; cõmuniter Dd.* alioquin omisso inventario heres tenetur, q. ex cõtractu aditionis hereditatis : de quo est *in §. heres. Inst de obl. q. quæ q. ex contract. nasc.* & in *l. 5 §. heres. ff. de Obl. & Act.* Tenetur, inquã, ad omne æs alienũ quod defunctus reliquit persolvendum, & legata præstanda, etiãsi in hereditate tantũ non esset, quantum faciunt vel debita, vel legata. Est igitur hoc eximium beneficium legis inventum

à Justi-

Digitized by Google

à Justiniano; & heredi si quidem eo uti velit, concessum. Dixi *si eo uti velit*; potest enim id repudiare: Nam ut alia beneficia non tribuuntur invitis, & ut Horatius ait, *Invitum qui servat, idem facit occidenti*: Ita neque hoc præsens beneficium obtruditur invito. Ex † quo intelligere possumus, heredem jure civi- 19
li non cogi ad faciendum Inventarium, si nolit: quemadmodum tutor, & curator, & similes personæ cogi possunt: adversus quas, si omiserint inventarium, jurari potest in litem ob eam causam, velut ex dolo præsumpto: ut docet Modest. Pistor. *cons. 8. n. 21. & 22. vol. 2.* & de tutore non faciente inventarium videatur etiam Mynsing. *cent. 6.* & Ferrariensis *in forma libelli, quo agitur ad reddendas rationes tutelæ.* De hoc primo effectu videatur idem Mynsing *d. responso 79. n. 49.* ubi plures allegat. Sed notandum, † quod dixi, jure civili heredem non co- 20
gi ad faciendum Inventarium quod tamen consuetudine ferè totius Germaniç mutatum est, & contra introductum, ut in omni ferè adeundæ hereditatis genere, sive casu, oporteat conficere Inventarium: idque non tam propter creditores hereditarios, aut legatarios & fideicommissarios, quàm propter publicum interesse (ut sic loquar) von wegen der Steuer/vnd Leistung/ Item. Nachsteur/ &c. ut scilicet constet de quantitate patrimonii cujusque an etiam in censu agendo, defunctus fideliter bona sua indicaverit: de hac consuetudine testatur præstantissimus Giphanius *ad d. l. fin. in f. pr. C. de jure deliber.*

Secundus † effectus inventarii ab herede confecti, est: detractio Falcidiæ: 21
id est, quod potest heres deducere Falcidiam ex legatis, quibus gravatus est. *d. Nov. 1. § penult.* Contra si omiserit inventarii confectionem, amittit heres Falcidiam: sicut eandem etiam perdit, si quam rem legatam subtraxerit, vel amoverit ex hereditate: in ea, inquam re, quam subtraxit, si verò alias res, non legatas subtraxerit, eas in duplum restituere cogitur, & hereditati computare. *d. l. fin. §. licentia, C. de jure liber. & d. Novella 1* Et notabiliter inquit Cujacius *ad eand. Novell. 1. p. 23.* Falcidiam ob non confectum Inventarium amitti: eandem verò ob malâ fide confectum Inventarium non amitti, nisi in re legatâ, quam fortè subtraxerit.

Tertius † effectus Inventarii hujus ille est; quòd impeditur confusio obli- 22
gationum hereditariarum, quæ alias ex aditione hereditatis oritur quando scilicet debitoris & creditoris persona in idem individuum concurrit: quod natura non patitur: ut notum est ex *l. 75. sicut acceptilatio & l. 95. Stichum. § adtio. ff. de solution.* hoc est, si quam obligationem & actionem habuerit heres contra defunctum tanquam debitorem suum, ipse creditor: ea obligatio & actio, integra & salva ipsi manet, & conservatur beneficio Inventarii, nec extinguitur confusione per aditionem, qua alias idem fit debitor idemque creditor. Sic viceversa, si heres obligatus fuerit defuncto, eique aliquid debuerit hæc quoque obligatio confecto inventario salva manet, ut possit à creditoribus hereditariis conveniri. In summa, Inventarii beneficium conservat heredi omnia jura sua, sicut etiam aliis contra ipsum, perinde ac si hereditatem non adiisset, videatur etiam Octavianus Cacheranus *cons. 62. n. 21.* & Roland. à Valle *cons. 63. n. 55. vol. 4.* quidem Rolandus etiam de his tribus effectibus, sive utilitatibus Inven-

tarij videri poteſt, *conſ.73.n.1.28.& 33. vol.2.* Nec in bonis tantùm Allodialibus, ſed etiam in Feudalibus omne jus heredi conſervatur per ſolennis Inventarii confectionem: ut docet idem Cacheranus *conſ.12.n.17.*

23 Quartus † effectus Inventarii eſt: quòd beneficio Inventarii minuitur, ſive extinguitur jus hypothecæ, quod habebat creditor in rebus hereditariis. Si enim heres confecto inventario alicui rem hereditariam quæ oppignorata erat creditori hereditario vendiderit, ut inde ſolvat creditoribus vel legatariis à quibus urgebatur ad ſolutionem. Hujus rei emptor quantumvis oppignoratæ plenam conſequitur ſecuritatem adverſus creditorem hereditarium, qui non poteſt emptorem inquietare, nec pignus ſuum vel hypothecam contra emptorem perſequi: quamvis alias res transeat cum ſuo onere. *d.l.ult § ſin verò heredes, C.de jure deliber.* Sichard. *ad d.l.ult § etſi præfatam.num.13.cum duob.ſeqq.* creditori tamen hæreditario interim aliis remediis conſuletur, tàm contra legatarios, quàm contra alios creditores poſteriores: ut latè explicat Giphan. *d.l.ult.*

24 Quintus † effectus eſt: quòd Inventarium dum conficitur, facit hereditatem cenſeri jacentem: ut docet Roland à Valle *conſi.77.n.3.vol.2.& conſi.63.n.56. vol.4.* Cui conſequens eſt, ut detur heredi exceptio dilatoria contra creditores & legatarios ſuum petentes. Nam intra legitimum tempus Inventarii (quod quidem judex coarctare, vel abbreviare non poteſt ut docet Sich. *ad d.l.fin. § ſin autem dubius.n.8.C.de jure del.ber.*) non poteſt heres nec à creditoribus hereditariis, nec à legatariis conveniri: quibus tamen actio ſua, quæ fortè temporalis erat inter illas moras, tempore non perit, ſive non præſcribitur *d.l.fin.§.donec.C.*

25 *de jure deliber.* Huc pertinet illa quæſtio: † an heres intra tempus quo Inventarium conficitur conveniri poſſit in rem actione: de qua videatur Eachin. *lib.6.c.27. controverſ.*

26 Sextus † effectus eſt; quòd poteſt aliquando etiam invitis creditoribus aliud pro alio ſolvi, ſive res hæreditariæ in ſolutum dari. Nam ſi in hæreditate, quæ multum habet æris alieni, fortè non ſit pecunia numerata, ſed tantum res quædam, quæ tamen nullum inveniant emptorem; creditoribus urgentibus ſolutionem, poteſt hæres etiam invitis res hæreditarias in ſolutum dare: quas ipſi quoque hoc caſu recipere coguntur: ſi modò ſuum conſequi velint. Videatur Schneidew. *ad § extraneis.n.29.in fine.verſ.denique.* cum alias invito creditori aliud pro alio ſolvi non poſſit. *l.2.§.1.ff.ſi cert.pet.cum ſimilib.* Videatur & Sichardus poſt Caſtrenſem & Jaſonem *ad d.l.fin.§.cum igitur.n.3. & ad §. etſi præfatam. n.10* ubi tamen docet *duobus numeris ſeqq.* interdum hoc fallere. videri quoque poteſt Eachin *lib 4.controverſ.cap.39.*

27 Septimus † effectus eſt: quòd hæres ſolvendo creditoribus primum venientibus, &, ut dicitur, ſibi vigilantibus, non tenetur aliis poſteà venientibus creditoribus, cum nihil amplius ſupereſt de bonis defuncti: quod latiùs explicat Sichard. *ad d. § etſi præfatam.n.6.C.de jure deliber.*

28 Octavus † effectus eſt: quod hæres poteſt retinere vel creditoribus imputare ſumptus funeris: (quibus cũ pari jure cẽſentur etiã impenſæ in curationem factæ ægroti. Sichard. *ad §. in computatione.n.1.& 2.in d.l fin.*) item poteſt retinere:

Digitized by Google

tinere ſumptus factos in inſinuationem teſtamenti, & publicationem ſive aperturam & in confectionem inventarii: denique & in alias cauſas ad hæreditatem pertinentes. Omninò enim hæres indemnis ſervari debet, quando obtemperavit dictæ conſtitutioni Imperiali de Inventario Huc pertinet illa quæſtio, an hæres, qui Inventarium fecit, poſſit detrahere etiam ſumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate: quam explicat Fachin. *l. b. 6. c. 29.*

Nonò † eſt etiam hic effectus ſecundum quosdam, ut poſſit heres venire 29
contra factum defuncti, contra regulam juris, *in l. 14. cum à matre. C. de rei vind.* ut eſt apud Phanucium *in tract. de Invent. part. 7.* Sed rectè hoc improbat Giphan noſter, cum per *d. l. fin. C. de jure deliber.* quæ beneficium Inventarii introduxit nullo modo videatur dicta juris regula *in d. l. 14* abrogata eſſe. Atque hęc de effectibus Inventarii legitimè confecti.

Nunc † nobiliores quasdam quæſtiones circa hoc argumentum quoti- 30
dianum diſceptari ſolitas perſtringam Plures enim poſſunt peti ex Jaſone & aliis interpretibus *ad d. l. fin. C. de jure deliber.* de qua etiam multis capitibus explicat, Fachin. *d. lib. 6. controverſiarum juris.* Prima igitur † quæſtio illa ſit: 31
confecto per hæredem Inventario, quomodo creditores hæreditarij, vel legatarij poſſint inquirere de fide ejus: ſi fortè dubitent an non plura fuerint bona defuncti, quàm in inventarium ſint relata. Hanc quæſtionem decidit ipſe Imperator *in d. Nov. 1.* nempe eos, qui peregrè abfuerint tempore confecti Inventarii duobus modis id facere poſſe, vel per quæſtiones, ſive tormenta ſervorum hæreditariorum (maximè eorum qui notitiam rerum defuncti habent, quales ſunt Actores ſive diſpenſatores &c.) vel per jusjurandum hæredis ac teſtiū: ut ſcilicet tàm ille quàm hi jurent nihil omiſſum eſſe in Inventario, ſed omnia fideliter annotata Sed de utroque remedio notandum, iis qui præſentes fuerunt in eadem civitate cum conficiatur Inventarium, neque tamen eius confectioni adeſſe voluerunt, neutrum horum remediorum competere: verum illis tantùm, qui peregrè abfuerunt Ratio differentiæ ſatis manifeſta eſt & æqua. Plura de his videri poſſunt apud Cujacium *ad Nov. 1. p. 23.* & apud Giphanium *ad d. l fin.* Secundò † quæritur: quid diſcriminis ſit inter aditionem here- 32
ditatis cum jure deliberandi, & illam quæ fit cum beneficio Inventarii? & tres differentias annotat Giphan *ad §. & hac quidem ſancimus. C. de jure deliber.* quarum explicatio rectiùs ab ipſo peti poterit. Tertiò † quæritur an per *d. l ult.* 33
C. de Iure deliber. abrogetur *l. quam diu. 69. ff. de acquir. hæred. cum ſimil.* vel an ſaltem ei derogetur per *d. l ult.* Sed utrumque negandum eſt Quartò † quæ- 34
ritur an *d. l ult.* abrogetur per *Nov. 1.* Quod ſimiliter negandum: imò potius ea *l. ult.* confirmatur per *d. Nov. 1.* tantum aliquid ei adiicitur in quibusdam articulis ut ex collatione cuivis manifeſtum eſt. Quintò † quæritur, an is qui hæ- 35
reditatem ſimpliciter adiit, pœnitentiâ ductus poſteà poſſit intra tempus legitimum, vel trium menſium, vel anni adire eandem vel cum beneficio Inventarij, vel cum jure deliberandi? Et probabilior videtur ſententia negativa: non eſſe hoc caſu locum pœnitentiæ: quia ſibi ſemel prejudicavit hæres, ſimpliciter adeundo: cum re integra haberet electionem: qua quod non eſt uſus ſibi imputare

putare debet. Ita Angelus Aretinus: & probat Giphanius, *argum. d. l fin. §. fin autem hoc aliquis verſ. cum enim gemini.* tametſi vulgo Dd. pœnitentiæ hoc caſu
36 dent locum. Caſtrenſis verò diſtinguit. Sextò † quæritur: an poſſit teſtator hæredi prohibere inventarii confectionem? Et quamvis Guido Papæ *in deciſionibus* cum aliis nonnullis Dd. putet hoc fieri non poſſe: tamen verior videtur ſententia affirmativa: quæ & Hotom. probatur. *lib. 5. obſ. c. 71.* & Octaviano Cacherano *conſ. 36. n. 8.* item Giphanio *ad d. l. fin.* ubi & rationes adfert & contrariis reſpondet. Videatur etiam Julius Clarus *in §. teſtamentum. quæſt. 66. num. 2.* ubi plures allegat, ut Pariſium Baldum, Cravettam, Covarruviam. Item videatur Matth. weſembecius *conſ. 86.* Alia & diſtincta ab hac eſt quæſtio: An poſſit teſtator inventarii confectionem prohibere, vel remittere tutori; item an uſufructuario: qua de re videatur idem Julius Clarus *d. quæſt. 66. n. 3. & 4.* (nam nos
37 hîc agimus propriè de confectione ſolùm hæredis.) Septimò † quæritur: ſicut omiſſione inventarii conſtat amitti quartam Falcidiam, ut ſuprà docuimus ex *Nov. 1 ſub cap. de Falcidia*: an ita etiam amittatur Trebelliana? De hac quæſtione ait veriſſime Schneidew. *ad §. extraneis. n. 19. Inſtit. de hered. qual. & differ.* magnam eſſe Dd. altercationem, ut vix poſſit diſcerni, quænam ſit communis opinio. Auctores autem tàm affirmantis, quàm negantis opinionis ad longum recitantur ab Ant. Gabrielio Romano *lib. 4. commun. concluſ. 10. per tot.* Sed negativam, quod ſcilicet hæres ob non confectum inventarium non perdat Trebellianam veriorem eſſe & communiorem, & in Camer. Imperiali approbatam, teſtatur Mynſingerus *cent. 3. obſerv. 60.* Videatur & Andr. Gailius *lib. 2. obſerv. 138.* Eandem quoque prolixè tuetur Fachin. *lib. 4. controverſ. cap. 38.* & Hotomannus *lib. 4. obſerv. 14. & lib. 5. obſerv. 20.* & eandem probat Ferrarienſis practicus *in form. libell. quo petitur hæreditas ex teſtamento. in gl. verbi purè inſtituit.* Ubi ad hoc allegat etiam Jac. de Belviſo *ad Nov. 1. in § ſi verò expreſſim.* Item plares adducit Phanucius *tract. de Inventario, part. 7. n. 25. & ſeqq.* Affirmativa tamen opinio, nempe Trebellianam quoque amitti ob non confectum Inventarium, probabilior videtur Giphanio: cujus auctores & ſectatores ad ſexaginta recenſet Cacheranus *deciſ. 48.* Sed mihi negativa magis placet, cujus rationes vide a-
38 pud Fachinæum & Hotomannum. Octavò † quæritur: an legitima quoque ob non confectum Inventarium amittatur? Negativa crebriorem obtinuit calculum Interpretum: quos copiosè tuetur Rodericus & Suarezius *ad l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtam. & in recept. ſent.* Et nituntur hi ferè *Auth. hoc amplius. C. de fideicommiſſis* Sed Fulgoſio hoc diſplicuit: non improbabili ratione ut videtur Cujacio *ad Nov. 1. p. 50.* Quam ſententiam pluribus argumentis firmat Giphanius *ad l. ult. C. de lite deliber.* reſpondens ſimul objectionibus, hoc eſt vulgaris ſententiæ fundamentis. Cui ſententiæ vulgari ego in praxi potiùs in hæredum cenſuerim; ut non ſolum receptiori, ſed etiam æquiori & favorabiliori: ut ſæpè inculcat, non facilè recedendum à ſententia communi, in dubiis Jul. Clarus *in recept. ſentent.* videatur Schneidew. *§. extraneis. n. 23.* & ibi
39 additio ad eundem *ad liter D.* Nonò † quæritur: an quod dictum eſt de hærede, idem etiam valeat in fideicommiſſario univerſali, id eſt, an etiam is, cui ex fideicom-

fideicommiſſo hæres reſtituit hæreditatem, debeat Inventarium conficere, ſi non vult in ſolidum teneri creditoribus & legatariis? an verò profit ipſi Inventarium ab hærede factum? Et reſpondetur etiam fideicommiſſarium debere pro ſe ipſo Inventarium conficere, nec prodeſſe ipſi Inventarium factum ab hærede. Poſſe tamen hæredem ei cedere beneficium ſuum: quo caſu proderit ipſi Inventarium hæredis, ut non cogatur novum facere. Ita Ferrarienſis *in form. libel. quo petitur hæreditas ex teſtamento*: ubi allegat pro hac ſententia Jac. de Belviſo *ad Nov. 1. § ſi verò expreſſim.* In eadem ſententia ferè etiam Giphanium eſſe video: *ad d. l. ult.* tametſi is de eo caſu loquitur, quando hæres, qui reſtituit hæreditatem non confecit Inventarium. Decimò † quæritur: an triginta illi dies intra quos inchoari debeat Inventarium, ſint utiles an verò continui? Et hoc poſterius videtur verius: ut latiùs explicat & comprobat Giphanius *ad d. l. fin. C. de Iure deliber.* Cujus ſententiæ hoc præcipuum eſt firmamentum: quòd Inventarium non neceſſe eſt confici judicialiter, ut vulgò quidam putant, ſed poteſt etiam extra judicialiter, & in privatis ædibus, nullo adhibito judice fieri. In talibus autem actibus dies ſpectantur continui: ſicut in judicialibus utiles. Undecimò † quæritur: An hæredi juſta de cauſa impedito currat tempus inventario præfixum: verbi gratia, ſi ſit in carcere, ſi in morbo cubet, ſi hoſtium potitus ſit, id eſt, ſi in captivitate moretur, &c. Et ſanè humanior, æquior, ac benignior videtur ſententia, ne currat huic tempus legitimum: vel certè, ut contra ejus lapſum reſtitui poſſit in integrum *arg. tit. ex quib. cauſis major.* Duodecimò † quæritur: quid ſi hæres non quidem primo menſe inchoet inventarium, ſed tamen intra trimeſtre ab apertis tabulis computandum illud abſolvat, valebitne hoc inventarium? Probabilius eſt, ut valeat. Qua de re videatur Guido Papæ *in deciſionibus Gratianopolit. quæſt. 571. in pr.* (ubi etiam quærit, An tempus inventarij conficiendi currat minori, *num. 2.*) eaque ſententia etiam Giphanio probatur. Decimotertiò, & decimoquartò † quæritur etiam de hærede debitore, an idem ſit juris in ipſo ad impediendam confuſionem, quod eſt in hærede creditore defuncti inventario confecto: Item, an idem ſit juris quoad cohæredes: De quibus duab. quæſt. conſulatur Giphanius.

Decimoquintò † quæritur de quibusdam perſonis, vel perſonarum vices gerentibus, an ad eas quoque pertineant quæ huc usque de Inventario conficiendo eiusque effectu attulimus, verbi gratia, an ad Imperatorem hæredem inſtitutum, vel ad Imperatoris hæredem? an ad mulierem & ruſticum? an ad fiſcum? an etiam ad Eccleſiam? &c. De quibus partim videatur Giphanius partim Fachin. *lib. 4. controverſ.* & de Eccleſia ac hoſpitali agit etiam Guido Papæ *d. quæſt. 571. n. 4.*

Decimoſextò † quæſtio ultima ſit illa: An hæres etiam non confecto Inventario ſecurus eſſe poſſit adverſus creditores hæreditarios & legatarios, ſaltem jure divino & naturali, ſive, ut quidam loquuntur, in foro animæ & conſcientiæ: ne cogatur ipſis quid amplius præſtare, quàm ſit in viribus hæreditatis. Canoniſtæ hoc affirmant, quia contra naturalem æquitatem ſit ut in ſolidum teneretur hæres reddere, quod non accepiſſet. Sed hac de re pluta dixim

tract. different. juris civilis & Canon. parte 4. cap. 7. De eadem quæstione agit Fachin. *lib 6. controvers. c. 23. & seq.* eandemque etiam attingit Guido Papæ *d. quæst. 571. num. ult.* qui de materia inventarii etiam proprium scripsit tractatum, & videatur ejusdem *quæst. 352. & consil. 63.* quibus addi possunt aliorum quoque de Inventario, qui extant tractatus, ex quibus facilè cætera, quæ in hoc capite omisimus peti poterunt: etiam de Inventario à tutore faciendo, videri quoque potest Ferrariens. *in form. libel. quo agitur ad reddendas rationes tutelæ.*

46 Sed † pro Coronide capitis nostri enumeremus omnes eos, qui Inventarium faciunt. I. Est Inventarium quod fit de bonis confiscatis. *l. si quis posthac. & l. si quis intra. C. de bon. proscrip. & in l. fin. C. de bon. vacant. lib. 10.* II. Est Inventarium quod fit ab Episcopo. *l. nulli. C. de Episc. & cler.* III. Est inventarium quod fit per Curatorem datum ventri. *l. 1. §. penult. D de vent. in poss mit.* IV. Est inventariũ quod facit curator bonis datus *l. 1. D. de curat. bon. dando & d. §. pen.* V. Est inventarium quod faciunt creditores de bonis debitoris. *l. fin. D. de bon. auctor. judic. possid.* VI. Est inventarium quod facit tutor pupilli vel curator adolescentis. *l. 7. tutor qui repertorium. D. de administr. tut. l. 22. tutores. C. eod.* VII. Est inventarium quod facit hæres: de quo hîc ex professo egimus. Quæsitum est autem de curatore ad litem, an & is teneatur inventarium conficere: Quod negant Capell. Tholos. *dec. 247.* & Bart. *ad l. actor. D. Rat. rem hab.* post Accurs. *in l. de creationib. C. de Episc. audient.* vid & Barthol. Chasseneus *loco superius ad initium h. cap. laudato.*

CAP. IX.

De restitutione hæreditatis fideicommissariæ: sive potiùs in genere, de jure earum rerum, quæ obnoxiæ sunt restitutioni, sive sint legata, sive fideicommissa: & hæc, sive sint universalia, sive singularia. Ad Nov. 39. & Novell. 108. junctâ Auth. res quæ. C. communia de legat. & fideicommiss.

SUMMARIA.

1 *Commendatio hujus argumenti.*
2 *Fideicommissa vel purè, vel ex die, vel sub conditione relinquuntur.*
3 *Res restitutioni obnoxia, alienari nequit.*
4 *Quid in specie circa alienationem harum rerum obtineat, in fideicommisso purè aut ex die certâ relicto?*
5 *Quid in fideicommisso sub conditione vel ex die incertâ relicto?*
6 *Suasio non est propria virtus legis*
7 *Quid in specie obtineat, cum heres simpliciter iussus est restituere hereditatem?*
8 *Servus pendente fideicommissi conditione aut die manumissus, non revocatur in servitutem: aliud in servo legato.*
9 *Prohibitio hæc alienationis non pertinet ad portionem eam quam ante restitutionem deducere potest heres.*
10 *Nec ad liberos, quibus legitima sive Falcidia non sufficit dos vel donationi propter nuptias pro dignitate constituenda.*
11 *Qui nec fructus medii temporis, ex fideicommisso perceptos, in dotem aut donationem propter nuptias imputare coguntur.*
12 *Per novam exceptionem Nov. 39. introductã, non tolluntur veteres.*
13 *Quid in specie obtineat in casu eo, cum heres id tantùm restituere iussus est, quod sibi ex hereditate illa supererit, cum moreretur?*
14 *Quatenus alienare & consumere liceat ei qui reliquum seu superfluum restituere iussus est?*

15 *Cau-*

Digitized by Google

15 *Cautionem ab herede exigere potest fideicommissarius.*
16 *Nisi testator remiserit.*
17 *Filius heres liberis suis hereditatem ex fideicommisso restituere iussus, non onceratur cautione: nisi duobus casibus.*
18 *Discrimen quadruplex inter Nov. 39. & Novell. 108.*
19 *Neutra Novella corrigit vel abrogat l. ult. C. commun. de legat.*
20 *Utraque Novella heredi interdicit simplice donatione.*

DOctores † nostri quoties attentionem excitare volunt in Exordio novi alicujus argumenti, quod tractandum susceperunt, dicere so- 1
lent, præsentem legem continere materiam utilem & quotidianam. Eodem igitur modo has quoque Novellas, & Authenticam, de qua sub hoc capite dicemus commendant Castrensis Jason, & Sichardus. Agitur enim hîc de jure illarum rerum, quæ fideicommisso gravatæ atque obnoxiæ sunt, sive quas rogatus quis est à testatore, ut restituat alteri: quo genere nihil est usitatius, aut crebrius: sæpissimè namque testator hæredem, vel etiam fideicommissarium rogat, ut vel hæreditatem, vel partem eius, vel etiam partem partis, vel rem aliquem singularem restituat alii vel aliis. *t. t. Instit. de fideicommiss. heredit. & titul. ff. de fideicommiss. heredit. petitione.* Ut nunc nihil dicam de legatis. Nam ad hæc quoque pertinet d. Novella & d. Authent.
Rogatur † autem aliquis de restitutione vel purè, vel ex die certo, vel ex in 2
certo, vel sub conditione. §. *inprimis, vers. & liberum est. d. t. instit. de fideicommiss. heredit.* Purè, quando nec dies nec conditio additur ad fideicommissum hoc modo: *rogo te mi heres, ut hereditatem, vel semissem eius, vel fundum Tusculanum, vel domum meam, vel vineam, &c. restituas T. tio.* Hîc præsenti die, id est, statim à morte testatoris & aditâ hæreditate, restitutio debetur. Ex die cum adiicitur dies: ut, *post semestre, vel post biennium, à die mortis meæ, &c. rogo restituas illa vel illa Sempronio.* Hîc expectandum est donec venerit dies: nam ante tempus non rectè sed præmature, & plus tempore petet, si quis fideicommissum illud petierit. Sub conditione: verbi gratia *si pax inter Hispanum & Belgas facta fuerit, vel si inducie tot, vel tot annorum: si Archidux Matthias coronam regni ungarici susceperit: si Ordines Austriaci impetraverint autonomiam & libertatem religionis: si Veneti Iurisdictionem Papæ agnoverint in rebus secularibus suæ ditionis, &c. restituas illam rem.* Hîc fideicommissum ante eventum conditionis, sive, ut loquuntur, prius quã purificata fuerit conditio, non debetur, sed tantum spes est debitum iri quæ omnia latiùs explicantur *ad §. omnis stipulatio. & §. sub conditione. Instit. de V. O.* Et huc quoque accommodari debent. Eodemque pertinet *titulus ff. de cond. & demonstr. & tit. de condit. institutionum.* Sed † quocunque modo fideicommis- 3
sum alicui relictum sit ab aliquo sive purè, sive ex die, certa vel incerta, sive gravatus fideicommisso: ita jus est: ut non possit liberè & suo arbitratu res obnoxias restitutioni (id est, de quibus rogatus est) alienare. *l. fin. cum Auth. res quæ eidem legi inserta. C. communia de legat. Novell. 39. & 108.* Quæ res deinceps à nobis distinctius explicanda est.

Ante omnia verò distinguendum est, primò inter fideicommissum purè relictum (cũ quo eodem jure quantũ quidem ad præsentem rem censetur, etiam id quod ex die certo relictum est) & inter id, quod sub conditione, vel etiam sub

4 die incerta *d.l.ult.§.2.& 3.C.communia de leg.& fideicom.* De † prioribus duobus generibus ita jus eſt: ut nullo modo valeat, ſive teneat, alienatio talium rerum: hoc eſt, ut hæres rogatus reſtituere, non poſſit eas res neque vendere, neq; permutare, neque donare, neque in dotem dare atque ita dominium earum in alterum transferre: neque pignori, vel hypothecæ obligare: neque uſumfructum alteri in illis conſtituere, neque ſervitutes iisdem imponere, neque ſervos manumittere, &c. Hæc enim omnia ſub alienationis vocabulo continentur. Non ſolum, inquam, dominii translatio, ſed etiam juris alicujus impoſitio: quo res deterior, eius que conditio durior efficiatur, putà, uſusfructus impoſitio, ſervitutis, emphyteuſeos, pignoris vel hypothecæ: Item libertatis datio. *l. ult. C. de rebus alienis non alienand. cum ſimilibus*, de quibus ſpeciebus alienationum dixi etiam in Partitionibus Feudalibus, quo loco explicabam de prohibita feudi alienatione. Ratio eſt, ne aliena ſpes decipiatur, hoc eſt, ne fideicommiſſum eludatur vel evacuetur, & ne voluntas teſtatoris, quæ omnibus modis legitimum finem ſortiri debet, irrita atque inanis reddatur. Deinde, quia abſ surdum eſt aliquem ſibi uſurpare licentiam rerum alienarum alienandarum: quo facit *d.l. C. de rebus alienis non alienandis.* De † poſterioribus duobus generibus, ita cautum eſt, ut valeat quidem alienatio, quoad conditio pendet, vel dies incerta; (quæ ipſa quoque conditionem facit, & conditioni æquiparatur. *l. ſi poſt mortem. 68 § 1. ff. de leg. 1. l. 30. talis. ff. eod. tit. l. 75. dies. ff. de condit. & demonſtr.*) ſed poſtquam extiterit conditio, vel venerit dies incerta, ſub qua res erat relicta, alienatio reſcinditur, & cauſa in irritum devocatur, (eſt phraſis Imperatoris) omnino que pro eo habetur, ac ſi nunquam alienatio facta fuiſſet. *d. l. ult. § 3. ſin autem ſub conditione. C. communia de legat.* Emptor tamen, ſi fuerit bonæ fidei, habebit regreſſum adverſus venditorem de evictione (Der Verkauffer muß dem Kauffer die Gewahrſchafft leiſten) *d.l.ult.§.ult.C.communia de legatis.* Aliud eſt in emptore, qui ſcivit conditionem rei, hîc enim neque actionem habet de evictione, ſive de duplâ, & melioramenta ſeu emponemata ſua perdit, (quæ impendit in rem) ac tantummodo pretium recuperat. ut eſt *d. l. ult. §. ult.* Nam poſterior hic emptor eſt in malâ fide: dum ſciens contra legum interdicta mercatur. *arg. l. 7. quemadmodum. in fin. C. de agric. & cenſit. lib. 11.* Dices: atqui hoc pacto dominium rei erit in pendenti, quod videtur abſurdum. dominia enim rerum debent eſſe certa. *arg. l. ult. D. pro ſuo.* Reſpondeo hoc non eſſe novum, neque abſurdum *l. 12. arboribus, §. ult. & l. 70. quid ergo. ff. de uſufruct.*

6 Notandum † eſt autem, quod ait Imperator *in d. l. ult.* etiam in talibus fideicommiſſis (nempe conditionalibus, item iis quæ in diem in certum ſunt relicta) melius factum hæredem, ſi abſtineat à talium rerum alienatione, ne ſe gravioribus oneribus, evictionis nomine ſupponat: In qua clauſula *d. l.* ineſt ſuaſio quædam, quæ non eſt propria virtus legis, ſed potiùs prohibitio vel juſſio coactiva, ut notatur *ad l. 7. legis virtus. ff. de legibus.* Et Ariſtoteles ait, ex quo ſumpſerunt Jurisconſulti, *lex vim habet coactivam*, ὁ νόμος ἀναγκαστικὴν ἔχει δύναμιν.

Deinde & hæc altera notanda eſt diſtinctio: vel enim ſimpliciter rogatur hæres

Digitized by Google

hæres restituere hæreditatem: vel ut restituat quod ex ea superetit. *d. Novel. 39. & Nov. 108.* ubi hic posterior casus explicatur latiùs. Priore casu † is, qui roga- 7
tus est, vel fideicommisso gravatus, nihil ex ea hæreditate poterit diminuere, neque alienare, ultra quadrantem sibi debitum ex Senatusconsulto Trebelliano. Quod si quid inde alienaverit, competet fideicommissario, hoc est, ei cui restituere debebat, persecutio eius fideicommissi, vel in personam actione, ex testamento scilicet adversus hæredem alienantem, vel in rem actione adversus emptorem, vel donatarium, vel quemlibet rei possessorem. *l. si quando. de leg. 1. l. qui solidum de leg. 2. l. 77. pater. §. 1. ff. de leg. 3. cum similibus.* Nec interest quoad has actiones sitnè purum fideicommissum, an conditionale, an in diem (vel sub die, &c.) *d. l. ult. § 3. sin autem, vers. quod similiter. C. communia de legatis.*

Sed quid fiet, inquies, † de servo manumisso, pendente conditione, vel an- 8
tequam dies venit: revocabiturnè ille in servitutem, posteaquam conditio extiterit, vel dies incertus venerit? Minimè gentium. quia libertas semel data nunquam revocatur. § *semel. Inst. qui & quibus ex causis manumittere non possunt. l. 1. C. de vindict. libert. l. 9. si ex causa §. Papinianus. ff. de Minor.* Erit igitur hîc persecutio pretii sive æstimationis servi. *l. quidam. §. pen. & l. si heres institutus. ff. ad SC. Trebell.* Hæc de servo per fideicommissum alteri relicto, ita se habent. Aliud dicendum foret, si hæres servum alteri legatum manumisisset. *l. 11. servum. ff. de manumiss. junctâ l. si locus. ff. de relig. & sumpt. fun.* Talis enim manumissio, utpote servi alieni, ipso jure nulla est. Ratio differentiæ inter servum fideicommissum, & eum qui legatus est, elegans redditur à Cujacio *ad Novel. nostram. 39. p. 207.* quia legatum magis astringit hæredem, quàm fideicommissum, præsertim quando concurrit favor libertatis. Ratio rationis est, quia legatum est Juris Civilis, & proinde strictius: fideicommissum magis pendet ex Jure gentium, & proinde solutius, sive laxius est: ubi docetur *init. tit. Inst. de fideicommiss. hered.* Diligenter igitur notandum est, quod alienatione rerum, quæ restitutioni sunt obnoxiæ non possit dominium transferri in accipientem, ac ne quidem usucapiendi, vel præscribendi occasio sive conditio: quo facit etiam *d. l. 7. quemadmodum. C. de agric. & cens. lib. 11.* ubi malæ fidei possessor esse dicitur, qui contra legum interdicta aliquid mercatur.

Sed quod dictum est in regula superiore, Eum qui rogatus est restituere hæ- 9
reditatem alteri, nihil posse ex ea alienare: id primò hanc recipit limitationé, †
ut non pertineat ad eam portionem, quam antè restitutionem deducere potest hæres. Ea autem portio in extraneis hæredibus quidem indistinctè est quadrâs, sive quarta: in liberis verò nunc triens, nunc semis, (pro numero scilicet liberorum) secundum ea, quæ suprà dicta sunt sub aliis capitibus. Hactenus, inquam valet alienatio, & id tantum revocatur, quod ultra debitam portionem alienatum fuit, sive ea appelletur *Falcidia*, sive *Trebelliana*, sive denique, ut in liberis, *legitima*. Confirmatur hæc limitatio sive exceptio, *in l. 3 §. res. ff. ad SC. Trebell.* Eiusque manifesta est ratio, quia hæc pars pleno jure pertinet ad hæredem eiq; debetur vi legis. In re autem sua quisque liber est moderator & arbiter. *vulgatâ l. 21. C. mand.* eamque potest liberè alienare, jure dominii: cuius

nota est definitio, vis & potestas, quæ inter alia etiam facultatem alienandi continet.

20 Deinde † eadem regula hanc nobilem patitur exceptionem in liberis hæredibus institutis, & fideicommisso gravatis: nisi legitima seu Falcidia non sufficiat doti vel donationi propter nuptias constituendæ pro dignitate familiæ seu natalium vel personarum: quæ vulgò dicitur *dos congrua* seu *competens*: ut explicat post alios Johan. Sichardus *ad Authent. res quæ. C. communia de legat. n. 9.* & Cujacius *ad d. Novel. 39. per ipsum. 20. & l. cùm post. § generi & §. neptis ff. de jure dot. & l. 9 C. de administr. tutor. & l. mulier § penult. ad SC. Trebell.* Hæc exceptio habetur *in Novella 39.* & inde sumpta *Authent. res quæ. C. communia de legat.* nempe quod liberi hæredes instituti, & fideicommisso gravati sive rogati restituere hæreditatem, non tantum possint deducere & alienare, quatenus facit legitima sua, (hæc enim sine omni onere atque gravamine libera ipsis relinqui debet: ut suprà docui *cap. de legitima. ex l. 32. quoniam C. de inoffic. testam.*) sed etiam, si fortè legitima non sufficiat doti vel donationi propter nuptias, possint ulteriùs de bonis restitutioni subjectis aliquid alienare: nunquam enim in fideicommisso comprehenditur liberorum dos, vel donatio propter nuptias: ut notat Batt. *ad l. filia. in pr. ff. ad SC. Trebell.* & quantumvis jusserit pater, ut filius vel filia restituat hæreditatem, sive bona alteri: tamen nunquam videtur etiam hoc jussisse, ut restituat ea, quæ vel filio debentur in donationem propter nuptias, vel filiæ in dotem: ut exponit Sichard. *d. Authent. res quæ. num. 10.* Ratio est, quia respectu dotis & donationis propter nuptias, (quæ pari passu ambulat cum dote,) liberi sunt creditores suorum parentum, & parentes contrà sunt eorum debitores. Est enim officium paternum constituere pro suâ sobole dotem & donationem propter nuptias. In summa, dos & donatio propter nuptias computatur inter æs alienum: unde Artemidorus quoque scripsit, filiam ratione dotis esse patris creditricem & dotem esse debitum. Jam verò neque legata neque fideicommissa debentur, nisi deducto prius ære alieno: atque proinde etiam dote & donatione propter nuptias. Accedit à simili: quòd etiam ex generali hypotheca quædam tacitè, seu tacito intellectu excipiuntur, ut obligata non censeantur, quæ quis in specie verisimiliter non fuisset obligaturus, si de illis cogitasset. *l. obligatione. ff. de pignor. l. mulier. §. cùm proponeretur. ff. ad SC. Trebell.* Cujacius *ad Novel. 39. per ipsum textum Novellæ*, & Sichard. *ad d. Authent. res quæ. num. 24 vers. & moveor.* Observat autem Giphanius *ad l. ultim. C. communia de legat.* exceptionem de dote jam olim Ulpiano placuisse *in d. l. 22. mulier. §. cùm proponeretur. ff. ad SC. Trebell.* ut ita eam legem non ineleganter possimus vocare quasi quoddam seminarium *hujus Novel. 39.* sicut etiam aliæ non paucæ Novellæ sua habent seminaria, vel in legibus Pandectarum, vel in constitutionibus Codicis. Sed quæ-

1 ritur, † an liberi fideicommisso conditionali vel sub die gravati fructus medii temporis, quos ex hæreditate perceperunt, imputare debeant in dotem vel donationem propter nuptias, hoc est ut tantò minùs possint eo nomine de bonis restitutioni subjectis alienare in causam dotis vel donationis propter nuptias?

ptias? Et hoc negandum: ut rectè monet Cujacius *ad d. Novel. 39. p. 207. arg. l. Jubemus. C. ad SC. Trebell.* quia idem jus, eademque ratio esse debeat omnium earum deductionum, quæ liberis ex fideicommisso permittuntur.

Atque hæc hactenus de priore casu, id est, quando fideicommissum simpliciter est relictum: de quo agitur *in Nov. 39.* De qua hoc insuper notandum est † 12 quod in ea, dum affertur nova exceptio, qua liceat res fideicommisso obnoxias sive gravatas alienare minimè tolluntur aliæ exceptiones, quæ etiam jure veteri obtinebant. v. g. ut est primùm illa, licere alienare usque ad finem quartæ. *l 3. §. res. ff. ad SC. Trebell.* 2. licere res tempore perituras alienare. *l. 22. mulier. §. sed enim ff. d. t.* (ut etiam aliis in rebus fieri solet.) 3. valere alienationem ex necessitate factam. *l. 38 pater. §. idem quæsivit. ff. de legat. 3. & fac. huc. l. 64. filiusfam. §. Divi. ff. de leg. 1.* 4. valere alienationem ex justa ignorantia factam: ut est singularis casus *in l. ult. §. ult. ff. de leg. 2.* ubi tamen debetur fideicommissariis pretium ab hæredibus hæredis gravati. 5. Licere servo quem restituere jussus est hæres, libertatem dare. *l. 25. quidam. §. si quis filium. ff. ad SC. Trebell.* 6. Valere alienationem, cui vel consenserit fideicommissarius, vel quam ratam habuerit. *l. 11. quoties. C. de fideicommiss.* quod etiam confirmatur *Novella 159.* de quæ infrà seorsim. Quas exceptiones omnes latiùs expositas videre licet apud Giphanium *in Commentario l. ult. C. communia de legatis.*

Si † verò (qui erat alter casus distinctionis nostræ) hæres rogatus sit, resti- 13
tuere non totam hæreditatem, vel totam eam partem, ex qua institutus est, & quam acceperit: sed quod ex ea superfuerit, sive superfluum ac residuum eius, quod erit penes ipsum cum morietur: quid juris sit, quæritur? De quo primùm in genere sciendum, hæredem in alienatione harum rerum majorem habere potestatem: quæ quidem potestas ipsius testatoris voluntate ei permissa intelligi debet. Non frustrà enim testator dixit de reliquo seu superfluo hæreditatis: ex quo apparet, ipsum non voluisse totam hæreditatem gravamini restitutionis subjectam esse: proindeque nec prohibitioni alienationis. Nam horum unum dependet ex altero: quod enim & quatenus obnoxium est restitutioni, idem etiam & eatenus prohibetur alienari. De hoc fideicommissi genere præter *Novel. 108.* Videantur etiam hæ leges: *l. 25. sed etsi. § quod autem quis. ff. de hered. t petit. l. 70. Imperator. §. ult. ff. de leg. 2. l. 16. cod. §. inde quær. t. & §. cum proponeretur. l. 28. deducta. § pen. & ult. l. 54. Titius. l. 58 §. ult. Item l pen. ff. ad SC. Trebell.* Ne † tamen hæres nimis laxa & temeraria alienatione omnia 14
consumeret (daß er nicht gantz reine Tafel machete) nihilque tandem reliquum faceret fideicommisso, atque ita prorsus eluderet spem alienam datâ operâ (ἐξαπάτησις) ut loquitur Novella) constitutum est, ut bona fide & arbitrio boni viri hæres in illa alienatione versaretur, hoc est, ut non nisi justa de causa ad alienationem procederet, sicut quilibet bonus paterfamilias facturus esset. nequaquam verò fraudandi & intervertendi fideicommissi gratia. Nam arbitrium boni viri huic fideicommisso inesse censuit D. Marcus Imperator, & probavit Papinianus *d. l. 54. Titius. ff. ad SC. Trebell.* Videatur etiam *l. 3.* §. *nonnun-*

§. *nonnunquam. ff. de usur.* quam *l. 3.* eleganter explicat Cujacius *ad Novel. 35.* eumque secutus Giphanius noster *ad d. l. ult. C. communia de legatis.* Notandum est autem de *d. l. 54 Titius. ff. ad SC. Trebell.* eam ab Imperatore nostro laudari *in d. Novel. 108.* ubi dicitur *Papianus* pro *Papinianus*, sicut etiam alibi nomen splendidissimi huius Jurisconsulti abbreviatum legimus. Sed quia arbitrium boni viri est incertum, (alius enim aliud fortè arbitrabitur pro ratione circumstantiarum, vel pro suo captu.) eaque incertitudo materiam litibus præbere posset: sicut olim sæpè præbuisse Imperator ipse significat: ideò ad præcidendas litium ansas, eam incertitudinem sive, ut ipse eleganter loquitur, παλαίαν ἀορισίαν, voluit redigere in hoc genere fideicommissi ad certum quendam modum, sive quantitatem. Itaque *Novel. 108.* tali hæredi, qui rogatus est restituere quod supererit ex hæreditate, permisit alienare, vel consumere ex qualibet causa, usque ad dodrantem, id est, novem uncias, ita ut solus quadrãs, id est, tres unciæ, salvus atque integer ad fideicommissarium perveniat. Hanc ipse vocat Imperator νενομισμένην διαίρεσιν καὶ τάξιν, *lege constitutam divisionem & ordinem.* Deinde ex hoc ipso tamen quadrante permisit Imperator hæredi, ut possit deducere primùm quod opus sit ad dotem vel donationem propter nuptias: deinde quod opus fuerit ad redemptionem captivorum: tertiò quod ad alimenta requireretur. De primo eadem est ratio, quæ redditur *in Novel. 39. & in Authent. res quæ. C. sæpè. d. t. communia de legat.* *Quia ea quæ communiter prosunt omnibus, his quæ specialiter quibusdam utilia sunt, præponimus*: quo facit etiam *l. 3. C. de primi pilo. lib. 12.* & sententia Pauli *lib. 2. sentent. t. 19.* quasi dicat Imperator in dotibus & donationibus propter nuptias versatur publica utilitas, & publicus favor matrimoniorum: ut videlicet fœminæ non maneant indotatæ, sed faciliùs inveniant, quibus nubant. *l. 2. ff. de jure dotium. & l. 1. ff. solut. matrimon.* Sed in restitutionibus fideicommissariis versatur tantum privata utilitas, eorum, quibus fiunt, vel faciendæ sunt. De secundo rationem reddit ipse Imperator, quia pietatis causa ubique meritò præcipua ducenda sit & omnibus rebus antiquior. De tertio, sive de alimentis quod dixi, id Julianus *in Epitom. Novel.* sic effert: *si quis egentiâ laborans ex ipsis tribus unciis vivere speraverit, &c.* Si quis autem alia habuerit bona, unde vel dotem dare, vel donationem propter nuptias constituere posset, vel, unde captivos redimeret, vel se exhiberet, hoc est, aleret: quid faciendum est de iis, quæ de quadrante alienavit? Respond. *ex d. Novel. 108.* per distinctionem: aut enim adhuc apparent ac supersunt illa bona: & de his repleri debet quod de quadrante est diminutum sive alienatum: aut nihil amplius de illis bonis, seu reliquo patrimonio hæredis gravati apparet sive supersit penes ipsum, & hoc casu poterit fideicommissarius instituere vel rei vindicationẽ adversus possessorẽ illorum bonorum, vel hypothecariam actionem, qua res evincat pro rata quadrantis sui.

15 Porrò † *in eâdem Novellâ* additur optimum & utilissimum remedium cautionis sive satisdationis: ut scilicet possit fideicommissarius, cui res sub conditione, vel die incertâ, restituenda est, petere ab herede, sibi dari fidejussores, qui

qui promittant restitutionem, existente conditione, vel die veniente, & qui caveant dolum malum abfuturum. Hæc enim duo capita complectitur ista cautio: unum de restitutione, alterum de dolo. De hoc cautionis remedio sciendum est, sæpè nos eo uti in materia legatorum & fideicommissorum: quò magis scilicet illa conserventur: (ne intercidant) ut alibi latiùs explicatur *ad tit. de legat. præstand. & alibi.* Sed † exceptio adjungitur *in eadem Novel. 108.* nisi 16
testator hæredi gravato necessitatem cautionis & satisdationis specialiter remiserit. Hoc enim facere potest: eoque facto fideicommissarius non rectè petet neque hæres cogitur dare fidejussores. Sed obstare videtur *l. jubemus 6. C. ad SC. Trebell.* ubi cautionis onus remittitur filio, quæ tamen per *hanc Novel.* æquè exigitur à filio, atque ab extraneo hærede gravato. Respond. † filio rogato re- 17
stituere hæreditatem filiis suis, defuncti nepotibus remitti cautionem sive satisdandi necessitatem: duobus casibus exceptis: quorum prior est, si parens jusserit caveri; alter, si filius transeat ad secundas nuptias. Hoc jus de filio *in d. l. jubemus*, ita constitutum minimè tollitur per *d. Novel. 108. arg. l. præcipimus. 32. C. de appellat. cum similibus.* Sed videamus & regulæ & utriusque exceptionis rationes. Ratio igitur regulæ, id est, cur filio è jure remittatur cautio, est, quia lex majorem habet fiduciam de filio, quod liberis suis, id est, testatoris nepotibus, non facilè aliquid interversurus sit: cum paterna pietas optimum soleat capere consilium pro liberis: cumq; etiam aliâs omnia nostra bona ex voto comparemus liberis nostris, iisq; ea relinquere cupiamus. Non putavit igitur legislator satisdatione aliqua ad hoc adstringendum filium, qui à patre suo rogatus est hæreditatem restituere suis liberis. Alia res est de extraneo, in quo illa fiducia cessat, proindeque meritò succedit vinculum satisdationis. Ratio exceptionis prioris est, ipsius testatoris voluntas: quæ & aliâs pro lege est custodienda: & maximè omnium in patris personâ disponentis inter liberos, sicut suprà de privilegiis ultimæ voluntatis parentum inter liberos *al. o cap* diximus. Posterioris exceptionis ratio est, posita in odio secundarum nuptiarum, quibus parentes sæpè erga prioris matrimonii sobolem depravari solent: ut suprà latiùs dixi *parte quarta, sub capite, de secundis nuptiis.* Videatur de illa *lege jubemus* etiam Cujacius *ad Novellam 39.*

Ex his quæ diximus, † cuivis manifestum esse potest discrimen inter *No-* 18
vel. 39 & *Novel. 108.* Nam prior illa agit de restitutione facienda ab hærede, qui simpliciter rogatus est eam restituere: posterior autem agit de restitutione ejus tantùm, quod supererit ex hæreditate, sive quod penes hæredem cum moritur inventum fuerit. Justinianus vocat τὸ περιττεῦον: Item τὰ περιττεύοντα (residua) Deinde prior *Novel. 39.* minus: altera verò *Novel. 108.* longè plus permittit hæredi gravato in alienatione & deductione, secundum ea quæ hucusque exposita sunt. Tertiò *Novel. 39.* facit discrimen inter hæredes extraneos & liberos: & his tantum (liberis scilicet) concedit potestatem ultra Falcidiam sive legitimam suam aliquid diminuendi ex reliquo dodrante ob dotem vel donationem propter nuptias: extraneos verò jubet esse contentos alterutro beneficio, nempe, si vel Falcidiam deduxerint, vel dotem, aut donationé propter

Digitized by Google

nuptias, cessante Falcidia. In summa, non possunt extranei utrumque pariter habere beneficium. Sed *Novel. 108.* nullum constituit discrimen inter genera heredum. sive enim sint liberi, sive cognati, sive penitus extranei, in omnibus promiscuè locum habet dicta constitutio. Quartò differunt, quoad modum sive quantitatem eius quod restituitur. Nam *in Novel. 39.* restituitur plerunque dodrans nisi quid de eo fuerit detrahendum nomine dotis, vel donationis propter nuptias. At *in Novel. 108.* restituitur ferè quadrans fideicommissario; dodrans verò totus est in potestate & perfecto dominio ipsius hæredis gravati. (quæ differentiæ summè sunt notandæ)

19 Illud † verò commune habent ambæ istæ Novellæ, quod neutra corrigit vel abrogat. *l. ult. C. communia de legat.* quod quidam falsissimè putârunt *ad d. Novel. 39.* ut olim Accursius, & alii: & nuperrimè Joachim. Stephani *in Expositione Novellarum ad Novel. 39.* Imò disertè Imperator jubet firma manere omnia capita *d. legis ult.* eique tantum addit exceptionem, (exceptio autem non tollit regulam) sive ut vocat ἔξαίρεσιν, unam in dote & donatione propter nuptias: Nam de Falcidiæ detractione jam anteà quoque idem Jus obtinebat. Exceptio autem aliàs quoque solet confirmare regulam in casibus non exceptis, qui sub regula manent: ut notant Decius, Cagnolus, & alii *ad L. 1. de Reg. Iuris.* Atque hoc etiam Sichardum advertisse video *ad Authent. res quæ C. communia de legat. nu. 5. & 6.* Sic neque altera *Novella* 108. quicquam facit aliud, quàm quod regulam prohibitoriam alienationis rerum restitutioni subjectarum, quam tradidit *d. l. ultim.* restringit eo casu quo superfluum sive residuum hæreditatis alicui restitui jussum est: nempe ut tunc hæredi liberum sit, res suo arbitrio alienare, usque ad quadrantem: de quo tamen etiam ipso quadrante adhuc deducere possit, quod necessarium videbitur, vel ad dotem ac donationem propter nuptias, vel ad redemptionem captivorum, vel denique ad alimenta. In aliis verò capitibus, nempe quoad fideicommissum totius hæreditatis (non quod supererit tantum) *d. Novel. 108.* disertè confirmat *Novel. 39.* (hæduç Novellæ sese mutuò respiciunt) sicut illa expressè confirmaverat *d. l. ult. C. communia de legatis.*

20 Deniqueetiam † hoc ambæ Novellæ habent commune, in eoque conveniunt: quod sive quis totam hæreditatem restituere rogatus sit, sive id quod ex ea supererit tempore mortis: prohibent hæredi simplicem donationem. Ratio est, quia donare est perdere. *l. 7 in pr. ff. de donat. l. 3. ff de SC. Macedon. l. 25. sed etsi. §. 11. consuluit. ff. de hered. petit.* quod de simplici tantum ac mera donatione verum est, quæ non fit ob aliquam causam, & pro qua nihil recipitur. Aliud est in donatione propter nuptias & dote: quæ sunt quidem species donationum: veruntamen potiùs contractibus annumerantur: quia fiunt lucri causa, & ob causam, & aliquid pro illis recipitur.

Deinceps quæstiones aliquot celebriores breviter indicandæ sunt, quæcirca hanc pulchram & quotidianam restitutionis fideicommissariæ materiam agitari solent: ad quas tamen priusquam transeam, operæ pretium est, proponere species facti, quæ duabus nostris Novellis occasionem præbuerunt, cùm

ad Im-

ad Imperatorem essent relatæ. Sed ne unum caput nimis evadat prolixum, hîc placet interjungere. Est tamen & hoc prius admonendum: quod *ex d. Novel. 108.* sumpta sit. *Authent. contrà cùm rogatus. C. ad SC. Trebel.*

CAPUT X.

Species facti sive casus memorabiles duo: ex quibus natæ sunt Novel. 39. & 108. junctâ unâ quæstione, ex Novel. 108. motâ.

SUMMARIA.

1 *Ex facto ius oritur.*
2 *Facti species quæ occasionem præbuit Nov. 39.*
3 *Facti species quæ occasionem præbuit Nov. 108.*
4 *An dodrantis alienatio, à Iustiniano in Nov. 108. heredi superfluum restituere iusso, concessa, quacunque ex causâ alienare liceat?*

SEritum † ac pervulgatum est illud: *Ex facto Ius oritur, l. 22. si ex plagis, §. 2. in clivo. ff. ad L. Aquil.* quod non tantùm hunc habet sensum, debere Jus applicari circumstantiis facti: quibus etiam leviter immutatis ac variantibus, necesse sit Jus ipsum variari: verùm etiam ita accipi potest, quod facti species sive casus in vita hominum occurrentes, occasionem & ansam præbeant legibus & constitutionibus novis condendis ac promulgandis. Hoc Justinianus sæpè sibi usu venisse profitetur, cùm alibi, tùm in his ipsis Novellis quas nunc explicamus. Utile autem erit hos casus breviter ac dilucidè hîc proponere: vel propter exemplum: cùm sæpè fieri possit, ut hodieque similes incidant controversiæ: vel propter ipsas Novellas tantò rectiùs intelligendas. 1

Primùm igitur † quod attinet occasionem *Novellæ 39.* ex facto proponebatur Imperatori: quidam filius quem fideicommisso pater suus gravârat, rogans, ut si sine liberis decessisset, hæreditatem restitueret fratri, uxorem ducens, pacta dotalia cum ipsâ fecit, quibus convenit inter novos conjuges, ut præmortua uxore lucrum dotis ad maritum pertineret; prædefuncto autem marito mulier donationem propter nuptias sibi haberet ac lucraretur; (cuiusmodi pacta etiam hodie frequentari solent:) tandem præmortuo marito vidua ipsius repetebat dotem & insuper donationem propter nuptias, tanquam morte viri ad se pertinentem, ex pacto. Huic ex alterâ parte contradicebat frater defuncti bona sibi vindicans, & patris voluntatem allegans, hoc est, fideicommissum conditionale: *si sine liberis, &c.* Cuius fideicommissi conditio jam extitisset: itaq; res uxori auferre conabatur: quod diceret fratrem suum eas alienasse, cùm essent restitutioni obnoxiæ, quod ei non licuerit: se verò paterna bona apud mulierem videre, quæ pater filium restituere jussisset fratri, in eum casum, quo sine liberis decessisset. Omnia igitur bona sibi vindicans negabat se quicquam remissurum, donec satisfactum esset. *l. ult. C. communia de leg.* vidua reponebat, iniquissimum fore si ipsa privanda esset lucro donationis propter nuptias, cùm tamen suus maritus, si superstes fuisset, uxori lucrum dotis ex pacto nuptiali fuisset habiturus: (cui firmando hoc etiam esse potest quod alias traditum est; qui mihi succederet, si ita casus tulisset, ei & ego succedere debeo, ante me- 2

Digitized by Google

mortuo: ut nihil nunc dicamus de eo, quod pacta dotalia sint servanda.) Addebat quoque eadem vidua, se tempore nuptiarum ignaram fuisse illius fideicommissi seu restitutionis, quo onere maritus suus à patre gravatus fuisset. Quærebatur quid juris? Imperator non solùm pro donatione propter nuptias, & sic pro vidua, contra fratrem defuncti eius mariti, pronunciavit: licuisse scilicet defuncto propter donationem illam antenuptialem diminuere fideicommissum, sive partem eius alienare: verùm etiam sumpta hinc occasione generalem fecit constitutionem, *d. Novel. 39.* de cujus jure satis diligenter superiori capite commentati sumus & plura quoque sequenti cap. addemus in quæstionib. Refert idem Imperator *in ead. Nov. 39.* alterâ quoq; facti specié, quam referre supersedeo brevitatis causa: properandũ est enim ad alia.

3 Porrò † species facti, quæ occasionem præbuit constitut. *Nov. 108.* talis proponebatur Imperatori: pater filios instituerat hęredes, eosq; invicé sibi substituerat, sub hac usitatissima conditione, *si sine liberis decederent*, jubés, ut qui primus ex illis sine liberis moreretur is ex bonis à patre relictis, detracta legitimâ portione, cætera omnia tàm corpora quàm jura quæcunq; supersunt ac penes ipsum tempore mortis invenientur ad superstitem pervenirent, eiq; vel etiam liberis eius restituerentur. Idem testator jussit, ut omnes hoc nomine cautiones seu fidejussiones cessarent. Patre mortuo, duobus relictis filiis, alter horũ suscepit liberos, alter mansit improlis: frater igitur, qui liberos habebat, cùm videret fratrem suum improlem bona ea deminutum ire, prohibere ei volebat, quò minùs libertè bonis à patre sibi relictis uteretur, eavè suo arbitrio alienare. Cui alter ille frater, ut dixi improlis: atqui, inquit, pater noster ad hunc modum scripsit, *si quid penes eum, qui sine liberis decesserit, inventum fuerit tempore mortis, hoc fratri superstiti restituitor.* Quare liberum est mihi in bonis meis pro arbitrio meo versari nemine prohibente, etiamsi vel nihil, vel parum de illis remaneat. ac supersit cum moriar. Qua quidem in re abuti ille videbatur verbis testamenti; iisque servatis circumscribere velle voluntatem paternam. Sub hoc enim quæsito colore ac prætextu id agebat, ut causam fideicommissi paterni ad irritum deduceret idq; fratri suo penitùs interverteret, deditâ operâ sive, ut eleganter loquitur Imperator, ἐξαίτησιν. Quærebatur quid hìc juris esset, & quatenus frater ille fideicommisso gravatus, rogatusq; restituere quod de hæreditate supereſſet mortis suæ tempore; quatenus, inquam, posset de bonis restitutioni obnoxiis alienare vel deminuere? Respondit Imperator (idq; deinceps in casibus similibus pro generali lege observari jussit) dodrantis duntaxat pleno jure dominum esse talem hæredem, proindeque eatenus alienare posse: quadrantem verò salvum & integrum relinquere debere fideicommissario, cui suo tempore restituatur: nisi tamen vel dotis vel donationis propter nuptias, vel redemptionis captivorum vel aliarum impensarum necessariarum, puta alimentorum gratiâ oporteat etiam de quadrante isto aliquid deminuere, cùm alia ad id bona non suppetant ac sufficiant. Ex quibus obiter intelligimus fieri posse, ut ad fideicommissarium aliquando perparùm, aut etiam nihil perveniat; quod etiam Baldus animadvertit, & ex

core-

eo repetit Sichardus. Hæc de duabus illis facti ſpeciebus, quarum occaſione Imperator uſus dictas Novellas promulgavit.

Nunc ut ad caput ſequens, id eſt ad quæſtiones aditum nobis tantò commodiorem paremus: earum unam hic adiciam, quaſi pro appendice capitis noſtri.

Quæſitum eſt † igitur ab Interpretibus, de dodrantis alienatione, quam 4
Imperator permiſit hæredi rogato reſtituere quicquid ex hæreditate ſupererit tempore mortis; an poſſit eum hæres etiam abſque causâ alienare, tantum ſtudio intervertendi fideicommiſſi gratia? Aliqui affirmant: alii negant; pars diſtinguit inter alienationem doloſam, quando ſcilicet manifeſtò appareat, alienationem fieri fraudandi cauſa, ut tunc alienatio non valeat; & inter dubiam, ſive quando non appareat, quod hæres fraudandi animo alienaverit, ut ſcilicet tunc valeat ac permiſſa ſit alienatio: ut latè Menoch. *lib. 4. in ſecunda parte præſumpt. 188. n. 12. & conſ. 334. n. 60.* Sed nihil opus erat iſtâ controverſiâ, aut hujusmodi Meandris diſtinctionum: cum ſatis diſertè hanc quæſtionem deciderit Imperator *in d. Nov. 108.* dum ſcilicet perfectum dominum ſive, ut ipſius verbis utar, πλήρον δεσπότην, pronunciat talem hæredem, ratione dedrantis omnibus novem unciis in poteſtate ejus poſitis, ut licentiam habeat iis utendi pro ut voluerit. Eſt quidem hæres etiam reliquarum trium unciarum, id eſt, quadrantis, Dominus (hæres enim & Dominus idem valent: ut notum eſt ex *Inſtitut. tit. de hæred. qualitat. & differ.*) ſed non eſt perfectus Dominus eius partis propter onus reſtitutionis, cui illa ſubjacet. Quo pertinet quod ait Seneca: *meum eſt quod certa lege eſt meum, &c.* ut igitur concludam, ſentio cum Fachinæo. *lib. 5. controv. c. 53.* poſſe hæredem gravatum tres illas partes, id eſt, dodrantem, etiam donare, & aliter conſumere, animo ac ſtudio intervertendi fideicommiſſum: dummodò parcat quadranti quem reſtituere debet integrum, niſi aliquid fuerit detrahendum ob cauſas ſupra exceptas & commemoratas.

CAP. XI.

Quæſtiones quædam Illuſtriores, de bonorum reſtitutioni obnoxiorum, ſeu fideicommiſſo gravatorum, alienatione.

SUMMARIA.

1 *An ante reſtitutionem fideicommiſſi deducere liceat etiam alios ſumptus nuptiales, perinde ac dotem & donationem propter nuptias?*
2 *Quid ſi teſtator expreſsè prohibuerit alienationem fideicommiſſi.*
3 *An etiam pro liberis hæredis dos vel donatio propter nuptias poſſit deduci ante fideicommiſſi reſtitutionem?*
4 *An etiam poſſit deduci aliquid propter ingreſſum in monaſterium?*
5 *An poſſit hæres aliquid deducere, ob redemptionem ſui aut ſuorum ex carcere? & an poſſit deducere λύτρον ſive quod in redemptionem ex captivitate impendit?*
6 *An dos tam ſemel functa deduci poſſit?*
7 *An dos reſtituenda quæ poſſit deduci, ac dos conſtituenda?*
8 *An Nov. 39 ſive Authent. Res quæ. C. commun. de legat. correcta ſit per ius Canonicum?*
9 *An ſimpliciter rogatus reſtituere, poſſit alienare pro neceſſitate victus?*
10 *Quas actiones habeat fideicommiſſarius, ad repetendum alienata ab hærede contra*

dispositionem iuris?

11 *An Nov. 39 & Nov. 108. etiam pertineant ad augmentum dotis vel donationis propter nuptias constante matrimonio factum?*

12 *An alienatio rei restitutioni subiacentis possit fieri etiam à filio herede gravato ob causam studiorum?*

13 *Plura de hoc argumento, remissivè.*

DIctum est suprà *capite 9.* hæredem posse ante restitutionem fideicommissi deducere dotem & donationem propter nuptias. Nunc ergò
1 † quæritur primo loco, an etiam de aliis sumptibus nuptialibus hoc intelligendum sit: verbi gratia, cùm sponsi vel novi mariti mittunt annulos pronubos, aliaque hujusmodi munera sponsalitia, vel, quando pompas nuptiales & epulas instituunt? Accursius, & alii quidam ex veteribus, hoc negant. Contrà Salicetus, & alii recentiores, affirmant. Sed negativam opinionem defendit Giphanius *ad d. l. ult. C. communia de legatis.* hoc duplici argumento: 1. quia *Novella 39.* tantùm loquitur de dote & donatione propter nuptias, sub qua appellatione non continentur sumptus nuptiales, quos diximus: & jus novum ac singulare non est producendum ad consequentias. *l. 14. ff. de legibus. cum similibus.* 2. quia non est idem favor illorum sumptuum, qui dotium & donationum ante nuptialium. Affirmativæ autem sententiæ subscribit Sichardus *ad Authent. res quæ, n. 18. vers. præterea.* Cujus hanc affert rationem, quia ad positionem sive concessionem consequentis, sequitur positio etiam antecedentis necessarii. *arg. l. 2. ff. de jurisdict.* (quam tamen non allegat) Qui igitur alicui permittit nuptias, ad eas que dat dotem, idem quoque videtur tacitè, ex necessaria quadam consequentia, dedisse omnia illa, sine quibus ad nuptias commodè non potest perveniri. Etsi autem valde est favorabilis & probabilis hæc sententia: tamen de jure veriorem puto esse negativam: præsertim cùm non sit adeò necessarium antecedens in sumptibus istiusmodi nuptialibus, ut sine illo ad consequens, id est ad ipsum matrimonium, & dotem, non possit perveniri (minor igitur neganda in d. argumento Sichardi.)

2 Secundò † quæritur: quid si ipse testator expressè prohibuerit alienationem fideicommissi; an hoc quoque casu possit hæres, filius vel filia, dotis vel donationis propter nuptias suæ causa deducere aliquid ultra quadrantem de bonis restitutioni obnoxiis? Parisius Cardinalis *consi. 63. n. 36. vol. 2.* ait, magnam de hoc altercationem esse inter Dd. Et licet Baldus *in cap. 1. §. donare, tit. quib. mod. olim feud. alien. poter.* voluerit cessare hoc casu deductionem: quam opinionem etiam Fr. Curtius Jason aliique, in puncto juris veriorem esse censent: Contrariam tamen præfert Sichardus *ad d. Authent. res quæ. ubi latè n. 24. & seq.* Eandemque & Giphanius probat: hac ratione; quia beneficium legis competens liberis, non possit per testatorem patrem ipsis adimi. *arg. l. 55. nemo potest ff. de legat. 1. & l. 15. quod bonis. §. ult. ff. ad L. Falcid.* Huic vicina est quæstio, an *d. Authent. res quæ*, sive *Novell. 39.* locum habeat, quando testator expressè voluit bona fideicommisso subjecta, non posse alienari, ne quidem ex causa dotis vel donationis propter nuptias. De qua dissentientes opiniones refert idem Parisius *dicto consi. 63. n. 38. vol. 2.* Nam negativam tuentur Johan. Petrutius & Alexander, Itemque Jason: Affirmativam, Castrensis, Socinus, & recentiores quidam.

Mihi

Mihi negativa videtur verisimilior, cum paterni officii sit, liberis constituere dotem *l. ult. C. de dot. promiss.*

Tertiò † quæritur, cum *Nov. 39.* tantùm loquatur de filio vel filiâ hærede 3
gravato vel gravatâ: an etiam intelligenda sit de horum liberis, (id est, de testatoris nepotibus) hoc est, an etiam pro liberis hæredis possit deduci dos vel donatio propter nuptias, ante restitutionẽ fideicommissi? Hoc affirmat post alios Joan Faber *in Breviar. C. ad d. Authent. res quæ.* & Johan. Sichard. *ad eandem. n. 11.* ubi ait: circa masculos, hoc non esse dubium, quia dotare, & donationem propter nuptias dare liberis, paternum sit officium. *l. ult. & ibi gl. C. de dot. promiss.* Sed de fœminis dubitatur, quia mater non cogitur dotare filiam, neque donationem propter nuptias dare filio. *l. 14. neque mater. C. de iure dot.* ad quam tamen *legem 14.* Doctores tradunt aliquot exceptiones ab illa regula: & in illis casibus exceptis putat Sichard. *num. 16.* etiam filias posse pro suis liberis dotandis aliquid deducere. Sed Giphanio hæc sententia improbatur, quia leges novæ & correctoriæ sint strictè accipiendæ, nec producendæ ad consequentias (hęc regula latè patet præsertim in praxi.)

Quartò † quæritur, an etiam possit filius vel filia hæredis gravati fidei- 4
commisso, deducere aliquid, quod secum inferant ingredientes in monasteriũ: quem ingressum sive professionem religionis: & votum monachismi, vocant doctores *matrimonium spirituale*? Id affirmat Baldus & Sichardus *n. 17. ad Auth. res quæ* aliique Dd quos refert & sequitur Nicol Everhardus *in Topic. in loco, à matrimonio carnali ad spirituale num. 6.* quod tamen non probatur Giphanio ob eandem rationem, quę paulò antè allata est: quia jus singulare, (quale est pro culdubio. *in d. Nov. 39.*) non debeat produci ad consequentiam, *l. 14. quod verò. cum duabus legibus seqq. ff. de legibus.*

Quintò † quæritur, an possit etiam hæres gravatus fideicommisso deduce 5
re ante restitutionem, quod impendit pro se, vel aliquo ex liberis redimendo, non ex captivitate hostium, (de eo enim nõ est dubium quin possit, ut suprà diximus ex *Nov. 108. c. 9.*) sed ex carcere, in quo ob delictum, sive crimen aliquod detinetur. Communis Doctorum decisio est in partem negativam: quæ & Giphanio probatur, quia per delictum amittuntur jura & privilegia alicui competentia. *l. si ex parte. § quanquam, ff. quod cum eo qui in alien. potestate. & l. 3. relegatorum. § ult. ff. ad interdict. & relegat. Nemini*, inquit. Juris cõsultus. *pœna immunitatem tribuere debet.* quò facit etiam *l. 37. auxilium. in fine, ff. de minor.* Fulgosij verò opinio affirmativa est singularis: quantumvis eam probabilem reddere conatur Joan Vaudus *lib. 1. quæst. 20.* ubi quatuor pro ea affert argumenta. Videatur de hac quæstione etiam Sichardus *ad d. Authent. res quæ. n. 20.* Ego, cum Giphanio nostro, communi potiùs id est, negativæ, opinioni adhæserim. Idem Giphanius in dubium revocat etiam an deduci possit λύτρον, sive quod impensum est ad redemptionem ex captivitate sui & suorum si quis, ut veteres loquuntur, hostium potitus sit. Quod quàm verè faciat, ut tantò meliùs appareat diligenter discernenda est Novella 39. à *Novel. 108.* In illa enim *39.* nihil Imperator de redemptione captivorum cõstituit, vel excepit: sed in hac posteriore *108.* tantùm,

permi-

Digitized by Google

permiſit deduci, quod impendit quis in λύτρων pro redimendis captivis. Quare id, quod proprium eſt poſterioris Novellæ, & illius caſus, qui in eâ deciditur, non rectè trahitur ad priorem Novellam, & ad caſum in ea proprium: Breviter; illatio fit à ſeparatis. Etſi autem leges poſteriores, quandoque trahuntur ad priores: ut ait Paulus in *l. 28 ſed & poſteriores ff. de leg bus.* tamen id huc non pertinet, neque eam vim habet: cum ſint caſus tam diverſi, ut ſuprà latiùs demonſtravi *cap. 9.* & Novella prior *39.* agat de eo, qui rogatus eſt reſtituere totum, quod quis accepit, poſterior autem Novella *108.* tantùm de eo, qui rogatus eſt reſtituere quòd ſupererit: cui plus permittitur in alienatione bonorum conſtitutioni obnoxiorum quàm alteri, qui ſimpliciter rogatus eſt reſtituere, quod accepit ut ſuprà dictum. Cum igitur ex *d. Nov. 108.* poſſit quis etiam deducere, quod pro redimendis ex captivitate aliis etiam prorſus extraneis impendit: multò utiq; magis id etiam deducere poterit quod pro ſe ipſo & ſuis expoſuit: cùm ordinata charitas à ſeipſa incipiat, ut vulgò dicitur. *arg l. 6 præſes. C. de ſervit. & aqua.* quò facit proverb. *Proximus egomet mihi*; & alterum *genus ſuræ propius eſt*: cum ſimilibus.

6 Sextò † quæritur, quid juris ſit de dote jam ſemel functâ. id eſt, quæ poſteaquam ſemel jam detracta de fideicommiſſo & data fuit, ac poſteà ad mulierem reverſa eſt (idem intelligite de donatione propter nuptias in filio ſoluto matrimonio: an, inquam, & hæc dos poſſit ante reſtitutionem fideicommiſſi deduci an verò in reſtitutionem veniat? Reſpond. dos etiam ſemel reverſa ad filiam, nihilominùs gaudet perpetuò hoc privilegio quod non venit in reſtitutionem fideicommiſſariam, ſed deduci poteſt vel retineri: ſive potiùs, ſemel detracta perpetuò manet detracta. Ratio eſt 1. quia licet ſoluto matrimonio videatur ceſſare cauſa, ut proinde etiam jus & privilegium ipſum videatur ceſſare debere: *arg. eorum quæ tradit Everhardus in Topic. in loco: ceſſante ratione, &c.* tamen fieri poteſt, ut filia iterum nubat, & ita ad ſecundas etiam nuptias non minùs quàm primas dote ei opus eſt *arg. l. 1. ff. ſolut. matrimon.* 2 quia ſicut æs alienum ſemel deductum nunquam poſteà ineſt fideicommiſſo: Ita etiam quod pro dote vel donatione propter nuptias ſemel detractum eſt, nunquam poſtea fideicommiſſo accreſcit: Sichard *ad Authent. res quæ, n. 23.* ubi latè hanc quæſtionem tractat. Giphanius hanc aſſignat rationem: quia dos ſemel functa abſceſſerit à bonis patris. & facta ſit jam proprium mulieris patrimonium. *l. 3. §. ergo. ff. de minor. l. 4. ff. de collation. bonor. l. 1. §. ult. & l. ult. in fine ff. de dotis collatione.* Johannes antiquus ille Summiſta Novellarum, hanc quæſtionem ita format Si poſteà dos deſinat eſſe, an redeat in cauſam reſtitutionis? Et reſpondet non redire, id eſt non deſinere eſſe in ſuo privilegio: allegans in argumentum Novellam *97. c. 5. quia verò jam legem. & l. h. redibus. § fin ff. ad SC. Trebellian.* Eandemque ſententiam probat etiam Joan. Faber, *ad d. Authent. res quæ. verſic. ſed quid ſi filia*, ubi pro ea adducit. & *l. pater. ff. ad L. Falcid. & l. à filia*, & *l. mulier. §. num proponeretur. ff. ad SC. Trebellianum.*

7 Septimò † quæritur, an etiam iſtud privilegium quo gaudet dos conſtituenda, ut ſcilicet poſſit deduci ante reſtitutionem fideicommiſſi, habeat etiam

locum.

bcum in dote restituenda? Et respondent. Dd. communiter, post Accursium, etiam restitutionem dotis eodem gaudere privilegio: quod & Johan Faber probat, *ad d. Authent. res quæ. ad verbum alienare.* & Mich. Grassus *in §. fideicommissum, quæstione 57. n. 4. & 5.* Cujus exceptionis sive ampliationis Johan. Sichardus hanc reddit rationem *ad d. Authent. res quæ. n. 28.* desumptam ex Physicis, vel Metaphysicis etiam: quia eadem sint principia corruptionis sive destructionis, & generationis seu constructionis: quò facit etiam *l. 35. ff. de R. I.* Sed hoc notabiliter ita limitatur, dum modò realiter dos fuerit illata, sive numerata: nam dos confessata sive confessa, (ut mavult Mynsing. *in observation* appellare) id est, quam maritus tantum confitetur se accepisse cùm non acceperit. sicut aliàs nō habet privilegia dotis, (ut suprà *parte quintâ dixi*) ita neque hoc usurpare potest προνόμιον (id est, privilegium) ut ante restitutionem fideicommissi deducatur. Videatur & Parisius *consi. 52 n. 40. & consi. 63. n. vit. vol. 2.* ubi etiam alios nonnullos casus exponit quibus cesset dispositio *d. Auth. res quæ.*

Octavò † quæritur, an *hæc Authent.* sive *Nov. 39.* (de qua hucusque tàm multa attulimus) sit sublata & correcta per jus Canonicum: quo jure duplex detractio conceditur filio per fideicommissum gravato: ut scilicet præter legitimam suam possit deducere etiam Trebellianam. *cap. Raynutius & c. Reinaldus. extr. de testamentis.* quod latiùs exposui *in tractatu differentiarum Iuris*: & suprà attigi *sub capite de legitima.* Hanc quæstionem post Baldum, Castrensem, & alios, movet etiam Sichardus *nu 26.* & quamvis *num. seq.* fateatur, Jura Canonica hac in re ubique servari: tamen negat per ea tolli jus civile *in dd. Nov. (39. & 108.)* constitutum. Fieri enim posse, ut nec legitima nec quarta Trebelliana sufficiens sit doti congruæ, vel donationi propter nuptias, quia scilicet tam potēs, tam nobilis, honesta & dives, alicui offeratur in uxorem, quæ dedignetur nubere, nisi majorem constituat donationem propter nuptias: quod idem viceversa de dote quoque dici potest: hæc enim duo paribus passibus ambulare dicuntur, *Nov. 97. de æqualitate dotis & donat. propter nuptias.* Imò nostris moribus etiam duplo major constitui solet donatio propter nuptias quam sit ipsa dos, ut suprà *parte præcedente* dixi. 8

Nonò † quæritur, an simpliciter rogatus restituere hæreditatem, possit alienare pro necessitate victus, sive pro alimentis? Accursius hoc negat, aliique ipsum secuti, & inprimis Johan. Faber *ad d. Authent. res quæ, in vers. sed an possit.* Quam sententiam, si sequamur, non obstabit *Nov. 108.* in qua permittitur ob hanc causam alienatio: quia longè diversus est casus in eâ Novellâ, ut suprà ostendi. Dissentit tamen & pro affirmativa stat Jacobus de Arenâ: quem refert & sequitur Mich. Grassus *d. § fideicommissum, n. penult.* Eaque sententia videtur favorabilior, ne videlicet fame quis enecetur: cùm alimenta negans dicatur necare. *l. 7. ff. de agnosc. & alend. liber.* 9

Decimò † quæritur, quas actiones habeat fideicommissarius ad repetendum alienata ab hærede contra dispositionem juris *in dd. Novellis*? Respond habere eum primò quidem rei vindicationem: secundò hypothecariam. Ad rei vindicationem quod attinet, mirum cuipiam videri possit hanc dari fideicommissario: 10

miſſario: ideoque Guido Papæ *deciſ. 601.* tanquam ſingulare hoc notat. Dicat enim aliquis, ſine traditione corporali res ad novum dominum tranſire non poſſunt, neque de veteri jure (ſcilicet dominii) diſcedere. *l. unic. §. quodſi prædia. 2. C. de ſuffragio. & l. 20. traditionibus. C. de pactis.* Jam verò rei vindicatio non datur, niſi domino. *l. 23. in rem. ff. de rei vind.* Ergo rei vindicatio non poteſt dari fideicommiſſario, de re aliquâ per hæredem alienatâ, priusquam vel verbo, vel facto reſtituta ſit hæreditas, vel res illa fideicommiſſario. Sed reſpondendum: quamvis privatorum conventiones tantum non valeant, ut dominium transferant, niſi traditio quoque ſequatur *d. l. 20. C. de pact. & d. l. unic. C. de ſuffrag.* junctâ *l. 3. ff. de Obl. & Act. & §. per traditionem. Inſtit. de rer. div.* tamen legis vi & autoritate poteſt tranſire in aliquem rei dominium etiam abſque traditione: ut videre eſt in legatis quæ rectâ viâ tranſeunt à defuncto teſtatore in legatarium, etiam non expectatâ traditione hæredis. *l. 64. à Titio. ff. de furt. & l. 80. ff. de leg. 2.* Legatis autem fideicommiſſa exæquata ſunt. *l. 2. C. communia de legatis.* Accedit etiam, quod iſta rei vindicatio, quæ datur fideicommiſſario ad revocanda alienata, potiùs eſt utilis quam directa actio. De hypothecaria, quod dixi, minus habet difficultatis.

11 Undecimò † quæritur, an *dicta Novellæ 39. & 108.* etiam pertineant ad augmentum dotis, vel donationis propter nuptias, conſtante matrimonio factâ? Ac tametſi regulariter augeri poteſt dos & donatio propter nuptias conſtante matrimonio ut *ſuprà* docui *parte quinta* ex *Novella 97.* Idemque juris eſt de augmento dotis, quod de dote ipsâ: Item de augmento donationis propter nuptias, quod de ipsâ donatione ab initio conſtituta: tamen in fraudem fideicommiſſarii non poteſt augeri poſteà dos, neque donatio propter nuptias. Atq; hæc reſponſio ſumitur ex ipsâ Juſtiniani conſtitutione *Nov. 39. c. 1. §. 1.* Cui non obſtat *d. Nov 97.* Nam poteſt quidem augeri dos (item donatio propter nuptias) conſtante matrimonio, ſed ſine alterius detrimento vel præjudicio. Hic autem fieret tale augmentum cum detrimento ac præjudicio fideicommiſſarij, &, ut *d. Novella* ait, *ad circumventionem legis:* quorum neutrum permittendum eſt: tum videlicet ne factum cujusquam alteri damnum afferat, ut ait Julianus *in l. 25. quidam. §. 2. ſi quis filium. in fine. ff. ad SC. Trebell.* tùm, ne quid in fraudem legis & ad circumveniendam ejus ſententiam fiat. *l. 29. contra, & l. ſeq. ff. de legibus, l. 5. Cod. eod. tit.*

12 Duodecimò † quæritur, an alienatio rei reſtitutioni ſubjacentis, poſſit fieri etiam à filio hærede gravato, ob cauſam ſtudiorum. Et negativam veriorem eſſe ſentit Angelus, & communiter Doctores: idque probat Mich. Graſſus *in d. § fideicommiſſum. quæſt. 57. n. ult.* ubi ait, non poſſe patrem cogi ex officio magiſtratus ad ſumptus ſtudiorum filio ſubminiſtrandos, ſicut cogi poſſet ad dotandam filiam, vel etiam ad donationem propter nuptias filio conſtituendam. Quanquam enim magnus eſt ſtudiorum favor, *Authent. habita. C. ne filius pro patre. & ibi Dd.* tamen non tantus eſt, quantus matrimonii.

13 Alias † quinque inſignes quæſtiones de eâdem materiâ adfert Cujacius in Papiniano *libro 19. quæſtionum explicatione. l. 54. Titius. ff. ad SC. Trebell.* quæ lex ab Im-

ab Imperatore allegatur *in d. Novell. 108.* Sed hæ quæstiones apud ipsum videri possunt.

Plura huc pertinentia, imò ad totum hoc utilissimum argumentum de fideicommissis videre licet apud Francis. Manticam *de conjecturis ultimarum voluntatum*: & Marzarium *in Epitome fideicommissorum*: item apud Michaëlem Grassum *in thesauro communium opinionum. §. fideicommisso.* Denique apud Gomezium *variar resolut. tom. 1* Extat etiam *in consiliis collegii nostri responsum 58* à Clariss. viro Dn. Pet. Wesembecio compositum: in quo agitur de fideicommisso, quo maritus oneraverat uxorem, cum qua communibus tabulis fuerat testatus: & disputatur, quatenus viduæ permissa sit alienatio, & quomodo, vel quãdo propinqui defuncti mariti possint revocare alienata. Quod responsum utiliter legatur: cùm sæpè casus similes incidant.

CAP. XII.

De prohibitâ alienatione à testatore, quo usque se extendat prohibitio. Ad Novell. 159.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Modi variis prohibendæ alienationis rerum.*
3 *Prohibitio alienationis extra familiam, à testatore facta, ob publicam utilitatem favorabilis.*
4 *Quousque extendatur alienationis interdictum à testatore factum?*
5 *Facti species quæ occasionem Nov. 159. præbuit.*
6 *Iuliani epitome d. Nov. 159. tribus paragraphis inclusa*
7 *Summa d. Nov. 159. sec. Bartolum, quinq; propositionibus comprehensa.*

CONvenienti † ordine duobus superioribus Novellis subjiciamus 1
nunc explicationem *Novellæ 159.* in qua de prohibitione alienationis, factâ à testatore disputatur: quoniam nonnihil etiam suprà allatum fuit *capite præcedente quæst 2.* ubi quærebamus: An etiam tunc heres possit aliquid de bonis fideicommisso obnoxiis deducere, quando testator expressè prohibuit alienationem. Deinde traditum est à Dd. prohibitionem alienationis à testatore factam inducere tantùm quoddam fideicommissum. Hîc autem agimus de fideicommissis.

Præmittendum est evidentiæ causâ, † alienationem rerum prohiberi ali- 2
quo horum quatuor modorum. 1. vel per Legem sive statutum. 2. vel per judicem. 3. vel per contractum. Vel denique per testatorem sive ultimam voluntatem. Deinde prohibitionem fieri vel simpliciter, vel in certas personas, vel in certum genus personarum. Inter quos modos quantum intersit, docet Bartol. Chassaneus *in consuetud. Burgund. rubric. qui de manibus mortuis. §. 10.* Videri quoque possunt Dd. *ad l. 122. qui Romæ. §. 3. & l. 135. si ita quis. §. ea lege. ff. de V. O. & ad l. ea lege. C. de condit. ob turp. causam.*

Nos omissis in præsentiâ cæteris modis prohibitæ alienationis, videamus de ea quam prohibuit testator, & quid de hac sit juris.

Digitized by Google

3 Solent † autem teſtatores plerunque ſtudio conſervandæ familiæ ſuæ prohibere alienationem: ut bona in familiâ ſuâ permaneant, nevè de illa & de nomine ſua exeant: cum experientia doceat, familias plæclaras absque bonis conſervari non poſſe. Per divitias verò decus & honor & in familiis conſervatur: per inopiam autem perit honeſtas: ut ex Auguſtino *lib. 3. de civitate Dei.* probat idem Bartol Caſſanæus *rubric. 7. de ſucceſſionibus. §. 12. num. 13.* allegans etiam locum Juvenalis:

Haud facilè emergunt, quorum virtutibus obſtat
Res anguſta domi.

Eoque reſpectu, & propter publicam utilitatem quæ verſatur in conſervatione familiarum, favorabilis eſt illa prohibitio alienandi bona extra familiam: quæ alioquin eſſet odioſa cum impediat libertatem commerciorum.

4 Sed † quæritur, quousque extendatur alienationis interdictum à teſtatore factum? Ea res *in Novella noſtra 159.* hoc modo deciditur. 1. ſi quis teſtamento vel codicillis interdixerit filiis ſuis alienatione bonorum, & juſſerit eum qui ſine liberis deceſſerit, reſtituere ſuam partem coheredibus: prohibitio illa natis liberis extinguitur & ceſſat, & nepotes teſtatoris poſſunt bona illa avita extra familiam alienare: ſive, quod idem eſt, prohibitionis onus non porrigitur ad liberos eorum, quibus interdicta fuit alienatio, quique fideicommiſſo gravati ſunt. 2. Si teſtator in infinitum prohibuerit alienationem, ſive juſſerit bona perpetuò conſervari in familiâ ſuâ, adjunctâ ſubſtitutione precariâ ſive fideicommiſſariâ reſtitutione: illa prohibitio non debet extendi ultra quartum gradum, & poterit poſt quartum gradum res alienari, ſi extraneus heres extiterit per medium impuberem in ætate pupillari mortuum.

5 Ut autem † hæc deciſio atque adeò tota Novella, tantò pleniùs intelligatur: exponenda eſt nobis facti ſpecies, quæ Juſtiniano oblata, occaſionem præbuit ad Novellam promulgandam. Teſtator quidam Hierius (quem differentiæ cauſa appellabimus *Hierium* 1. eiusdem verò nepotem, de quo paulò pòſt, *Hierium* 11.) cum filios haberet quatuor Conſtantinum, Anthemium, Calliopium, & Alexandrum (quos omnes fuiſſe præſtantes viros, & eximia tùm dignitate tùm opulentiâ præditos, intelligimus ex titulis, quos ipſis Imperator tribuit.) diviſionem bonorum fecit inter hosce liberos ſuos: unicuique horum certis aſſignatis prædiis, quæ maxima ex parte erant ſuburbana, partim Conſtantinopoli, partim Antiochiæ: (quæ & Theopolis dicta eſt) hac adjecta lege, nè alienarent ea, neque venditione, neque donatione, neque permutatione, nec ullo alio modo ſed ut ea retinerent, in ſuo nomine & familia: ſi qui verò ſine liberis deceſſiſſent (quod pius pater abominatur) is ſuperſtitibus vel ſuperſtiti ſuas res, cum omnibus eorum juribus, (ſeu, ut vulgò loquimur, pertinentiis) nullo excepto reſtitueret: eodem quoque teſtamento pater juſſit ceſſare omnem cautionem & ſatisdationem, quæ alioquin nomine legatorum vel fideicommiſſorum ſervandorum, item rerum alienari prohibitarum ſolet exigi ac præſtari. Et quidem prohibuit hanc exactionem ſub pœnâ amittendi fideicommiſſi. Poſſe autem teſtatorem remittere heredi onus ſatisdationis, quem fideicommiſſo

Digitized by Google

commiſſo gravavit, jam ſuprà dictum eſt: Cuius illa eſt ratio: quia poterat planè nullam relinquere fideicommiſſum: multò igitur magis poteſt fideicommiſſo adijcere legem, in favorem hæredis, nempè ne ullo modo ſatiſdare cogatur. Cumque non ſit novum, ut poſt teſtamentum fiant etiam Codicilli: qui vires ex teſtamento capere dicuntur à Juliano. *in l. 3. §. ult. ff. de jure codicill.* etiāſi in eo nō ſint cōfirmati: & ex teſtamēto valere dicūtur à Papiniano *in l. 10. quod per manus. ff. eod. t.* tametſi etiā prȩcedere poſſunt teſtamentū & ab inteſtato quoq; fieri: uteſt *in §. non tantū. Inſtit. de codicill.* hic quoq; teſtator Hierius poſt teſtamentū fecit codicillū, in quo cætera quidē capita teſtamēti omnia firmitatem ſuam obtinere juſſit: ſed filio Conſtantino aſſignatum ſuburbium Antiochenum ſeu Theopolitanum, cui cognomentum erat *Coparia*, cum omnibus ſuis juribus ac pertinentiis pertinere voluit ad filium eius Hierium II. ſive juniorem, nepotem ſuum; & quidem eo tempore, quo per emancipationem ſui juris factus eſſet. Addidit inſuper prohibitionem alienationis, ut nec ipſe Hierius nec eius ſucceſſores ullo modo id ſuburbium alienarent ullo tempore: ſe enim cupere illud cum ædibus & cæteris perpetuò manere in ſuâ familiâ, nec unquam ex eâ, vel ex nomine ſuo egredi. Prætereà in eodem codicillo ſubſtituit Hierio II. nepoti ſuo filium Conſtantinum, (id eſt, avus patrem filio ſubſtituit.) ut ſi contingeret Hierium II. ſine liberis decedere, tum ſuburbii & ædiū poſſeſſio ſimul & proprietas perveniret deferretur, aut reſtitueretur eius patri: cui etiam denuò adimitur facultas alienandi. (Notentur hîc verba quibus ſæpiſſimè utimur in materia fideicommiſſorum ſive reſtitutionum: nempè *deferri, pervenire, devolvi, reſtitui, &c.* ut videre licet apud eos qui de fideicommiſſis ſcripſerunt. Notetur etiam in codicillis comprehenſam ſubſtitutionem non fuiſſe directam ſed obliquam ſeu reſtitutionem potiùs. Hæc enim ſola in codicillis ſcribi poteſt, non etiam directa: cùm hæreditas in codicillis neque dari, neque adimi poſſit directè neque ſubſtitui directè: ut eſt *in §. pen. Inſtitut. de codicill.*) His ita factis mortuus eſt primò Teſtator Hierius I. ſive ſenior, poſt hunc Conſtantinus, unus ex quatuor fratribus defuncti filiis. Hic omnia bona paterna tranſmittit ad filium Hierium II. teſtatoris nepotē. Hierius II. ex bonis paternis quædam, v. g. domum Antiochenam, vendidit aliis: quædam, ut domum Conſtantinopolitanam cum ſuburbio, tranſmiſit ad filiū ſuum Conſtantinum juniorem (quem tamen aliqui *Conſtantem* vocant: credo differentiæ cauſsà ut ab avo ſuo eiuſdem nominis tantò meliùs diſcerneretur) id eſt, ad teſtatoris pronepotem. Conſtantinus ille cùm haberet matrem Mariam, & uxorem eiuſdem nominis, eamque prægnantem, cùm ſibi mortem inſtare animo præſagiret, teſtamentum fecit, in quo ventrem inſtituit hæredem, id eſt poſthumum ſuum vel poſthumam: eique ſi vel non naſceretur, vel ante pubertatem moreretur, ſubſtituit duas Marias, uxorem videlicet & matrem ſuam; quarum una futura erat poſthumo avia paterna, altera verò mater. Sic uxore prægnante relicta deceſſit teſtator Conſtantinus, vel, ut Latina verſio habet Conſtans. Poſt obitum eius nata quidem eſt filia, ſed extincta in ipſa infantiâ: atque ita extitit conditio prædictæ ſubſtitutionis, lis orta eſt inter il-

lius infantis aviam paternam & matrem, duas ſcilicet Marias ab una parte: & inter Alexandrum, qui ſolus de quatuor filiis Hierii I. adhuc in vivis erat ab altera parte. Contendebat Alexander ad ſe pertinere quæ reliquiſſet illa infans, Hierii I. abneptis, Conſtantini verò filia. Se enim ajebat primum in familia gradum obtinere: ex quâ familiâ non deberent bona Hierii I. alienari: matrem & aviam illius infantis, id eſt, duas Marias (quæ in hac lite fuerunt reæ tanquam videlicet poſſidentes bona, de quibus lis erat) eſſe extra familiam Hierii teſtatoris. Hæc, inquam actoris intentio fuit. Contradicebant ei Advocati fœminarum illuſtrium: allegantes potiſſimùm iſta. 1. Teſtatorem non in infinitum prohibuiſſe alienationem extra familiam, ſed tantùm voluiſſe conſulere filiis & nepotibus ſuis, jubendo ut filii bona conſervarent liberis ſuis, vel in eum caſum, quo ſine liberis decederent, fratribus. 2. fratrem Alexandri Conſtantinum I non deceſſiſſe ſine liberis. Reliquiſſe enim Hierium Secundum ſive juniorem. 3. quamvis in infinitum prohibuiſſet teſtator alienationem ſuburbii, & cæterorum; tamen id jam per quatuor gradus manſiſſe in familiâ defuncti, & hoc ipſum ſufficere. 4. objiciebatur præterea Alexandro ipſum quoque ex bonis paternis, ſub lege non alienandi ſibi relictis, alienaſſe quædam, atque ita ſibi præjudicaſſe non parendo voluntati paternæ: fruſtrà igitur poſtulare eã ab aliis ſervari. *arg. l. 77. cùm pater. §. 27. libertus. ff. de leg. 2.* Quòd etiam facit vulgaris illa regula: *Quod quiſque juris in alium ſtatuit, ut ipſe eodem jure utatur.* Trahi quoque poterit eôdem, quod dicitur, *Frangenti fidem, fides frangatur eidem. l. 21. cùm proponas. C. de pact.* Mynſ. *in obſervat. l. 6. cum mota. C. de Tranſaction.* Adverſus quam tamen exceptionem replicabat actor Alexander, ſibi alienationes illas non rectè exprobrari, nec quicquam efficere poſſe, cùm eas fecerit ſpeciali juſſu Imperatoris coactus: quaſi diceret, juſſus ſuperioris excuſat & facit ut neceſſaria ſit alienatio quæ quidem etiam ubi aliàs prohibita eſt alienatio tamen permittitur. 5. His omnibus illud quoque accedebat, quod mater & uxor non omninò ſint extra familiam. Nam & nurus in familiâ numeratur. *l. fin. C. de V. S.* Ex quibus omnibus concludebant advocati rearum, Alexandrum in bonis illis ex fideicommiſſo nihil juris habere, ſed potiùs in illorum poſſeſſione tuendas eſſe ſuas principales. Quærebatur quid juris eſſet? Juſtinianus cùm hæc controverſia ad ipſum delata eſſet, litem dedit ſecundum puellæ defunctæ aviam & matrem, duas videl. Marias, quas abſolvit ab impugnatione Alexandri: neque hoc tantùm, ſed etiam arreptâ inde occaſione generalis legis promulgationem fecit, qua in poſterum alias ſimiles controverſias anteverteret, ne naſcerentur.

Summa autem capita huius Novellæ jam ſuprà indicavi: quibuscum utiliter conferetur etiam Juliani Epitome, & Summarium Bartoli ad hanc Novellam. Julianus † tribus §§§. rem abſolvit, quos breviter ſubjicio: Primus eſt, „ *Si quis prohibuerit alienationes rerum extra ſuam propriam familiam faciendas, ut* „ *ſi ſine liberis deceſſerit unus ex his, qui filii ſunt & heredes teſtatoris, ad cæteros res perveniant: liberis natis, ceſſat alienationis prohibitio: ideoq; liberi procreati etiam ad extraneos eaſdem res transferre non prohibentur.* Secundus: *Si quis extra familiam ſuã alie-*

alienationem fieri prohibuerit, & omnes, qui res consecuti sunt, vel omnes res, vel quas- "
dam ex his alienaverint, videntur invicem fideicommisso renunciare. (Notandũ hîc. "
Posse etiã jure Codicis remitti fideicommissum pacto vel transactione. *Li. l. 16.* "
cùm proponas.) Tertius: *Si quis prohibuerit extra suam propriam familiam rem alie-* "
nare; & adjecerit, ut neq; filii, neq; deinceps personæ quæ successerint ei qui primus ac- "
cepit, rem eandem ad extraneũ transferant: deinde quatuor processerint successiones, "
quæ familiæ nomine continentur, (die eines Namens vnd stammens seind.) *& ultimus* "
heres per medium impuberem successor extiterit, liberam facultatem habeat, & in ex- "
traneos homines rem, cujus alienatio prohibita est, transferre, & proinde hærede inter "
quatuor successiones reputato. Hoc enim mens constitutionis significat, id est, si tertius "
hæres impubes fuerit. Bartolus † summam Novellæ nostræ his quinq; propositionibus absolvit: 1. *Restitutio fideicomm. ß. fieri debet conditione existente.* (intelligе si conditionale sit fideicõmissum: unde ex contrario efficitur, quod conditione fideicõmissi deficiente restitutio fieri nõ debeat.) 2. *Prohibitio alienationis facta filius, propriis eorũ nominib. demonstratis, non extenditur ultra filios.* 3. *Prohibitio alienationis facta à testatore, ut in perpetuum res remaneant in familiâ, & nũquam de nomine defuncti egrediantur, ultra quartam generationem non extenditur.* (rectè Bart. generationẽ ponit pro gradu, quia quot sunt generationes, tot numerantur gradus, ut docetur *tit. Inst. de gradib. & à Borcholto nostro in tract. de gradibus, post Ir. Hotoman. & alios.* 4. *familiæ appellatione nurus continetur per l. ult. C. de V. S.* 5. *ultimus de familia superstites res ad eum pervenientes* (intellige, quantumlibet gravatas fideicommisso) *in quamcunq; personam* (etiam extraneam) *alienare potest: atq; hæc in omnibus casibus & personis obtinent.* Hactenus Bartolus.

CAPUT XIII.

Observata & quæsita quædam ad eandem Novellam 159.

SUMMARIA.

1 *Diversæ inscriptiones Nov. 159. & quinam ex his optimæ?*
2 *Ioach Stephani errores circa Nov. 159.*
3 *Cujacii censura in d. Nov. 159.*
4 *Quomodo Dd. d. Nov. 159. restringant?*
5 *De S. Theclâ martyre.*
6 *Adiecta quædam in edit. Scrimger. ad finem d. Nov. 159.*
7 *An & quando legatũ in testamẽto alicui adscriptũ possit eidẽ in codicillis adimi vel remitti?*
8 *In fideicommissis eodem modo successiones fiunt quo etiam ab intestato succeditur.*

VT tantò pleniùs satisfiat explicationi & argumẽto huius celeberrimæ Novellæ, quędã ulterius ad eã notare & quærere nõ erit alienũ. Primũ igitur cũ diversæ † circũferantur huius Novellæ inscriptiones (Græca n. Epigraphe tã in editione Noticâ Gregorii Haloandri, quàm in recẽtiore Genevensi Henrici Scrimgeri, ficut etiã in Latinâ versione Haloandri sic habet: *ut restitutiones fideicõmissi usq; ad unũ gradũ consistant.* Vetus translatio Latina sic inscribit Novellã nostrã: *De restitutione fideicõmissi nomine familiæ, quod usq; ad quartum gradum locum habet: & quod familia nomine etiam nurus continetur.* Adhuc aliam inscriptionẽ legimus apud Cujacium ex manuscripto Regio: *De substitutione facta in familiam morientis, usque ad quotum gradum valeat.* Cui ferè similis est illa, quam ex manuscriptis libris sibi indicatam refert Balduinus *in Iustiniano, pagin. 330.*) Cùm, inquam, tanta sit 1

diver-

diversitas inscriptionum, quænamex his maximè probanda videatur, non immeritò quæri potest? Balduinus *d. loco* censet & primam & secundam Epigraphen veram esse posse, diverso scilicet respectu habito, ad duo distincta capita Novellæ. Nam si quis prohibeatur alienare quod alteri, veluti filio suo, post mortem suam restituere debet: tunc ipse solus alienare prohibitus esse intelligitur; secundum ea quæ supr. *præced. cap.* dixi: atq; ita hoc casu restitutio ad unũ usq, gradum consistit, sicut habet Græca Inscriptio & Latina Haloandri. Si verò res in universum prohibita sit alienari extra familiam, tunc in quarto gradu consistit prohibitio, ut postea liberum sit jus alienandi. Græca autem Inscriptio, (quam & Latinam fecit Haloander) à priore capite Novellæ sumpta est: quod quidem etiam in Edictis Prætorum, aliisque juris nostri articulis non est novum, ut scil. inscriptio à priori parte vel à potiore capiatur: Cujacii aliorũque inscriptio, quæ habet, (*usque ad quotum gradum*) latior est, & utrumque Novellæ nostræ caput communiter complectitur. Atque hoc primum de Inscriptione notandum est, ne quem illa varietas fortè perturbet.

2. Secundò † in facti specie, quam Joachim. Stephani *ad Novellam nostram* posuit; non debeo dissimulare errorem minimè ferendum, quem commisit, dũ dicit testamentum Imperatori fuisse oblatum ab ipso Hierio testatore: cùm tamen disertè dicat textus, testamentũ Hierii, vel potiùs excerptũ (sive ut vulgò loquimur, extractum) quoddã illius testamenti sicut & codicilli, oblatum fuisse Justiniano per Alexandrũ Hierii testatoris filiũ, unum de quatuor: & quidẽ oblatũ diu post mortẽ tam patris testatoris, quàm fratrum & nepotũ & pronepotũ & cæterorũ, cùm ipse solus superstes esset. Alia quoq; in eâdem facti specie peccat idem; v.g. quòd litẽ inter Marias & Alexandrum vult cœpisse statim post mortẽ Hierii Junioris: cùm verũ sit, demũ post mortem puellæ impuberis, (quæ fuit Hierii neptis) controversiã hanc agitari cœpisse. Item quod Alexandro plures etiã litis consortes adjungit patruos: cũ tamen solius Alexandri mẽtionem faciat Novella: Alia eiusdem peccata omitto: sed & hæc ipsa indicavi, non ut bonum virum exagitarem vel insectarer: sed magis ut auditores præmonerem, ut errores illos caverent, & ad fontes recurrere discerent.

3. Tertiò † observanda est in hanc Novellam censura præstantissimi Cujacii, quam & Joach Stephani usurpauit sibi, tacito nomine autoris: nempe, circumstantiam illam in facti specie, quod extraneus extiterit hæres per medium impuberem non magni esse momenti: proindeq; videri hanc Novellam ex earum esse numero quas Tribonianus, homo avaritissimus, pecunia corruptus, de industria composuerit, obscurè & ambiguè: quales observat etiã esse alias quasdam & plerasq; illas quas postea recantavit. His consequens est, videri Alexãdrum illum Hierii primi filiũ, meliori jure sibi vindicari potuisse bona alienari prohibita extra familiam paternã quàm duæ illæ Mariæ, avia & mater puellæ impuberis defunctæ eadem retinuerint & tamen in bonâ causâ succubuisse per sordes Triboniani & gratiã adversariarum: neq; hoc solũ, sed etiam Imperatorem à suo Triboniano, qui omnia apud ipsum poterat, persuasum, constituisse jus novum, h. e. iniquum, ut scil. deinceps prohibitio alienationis extra fami-

familiam, licet in infinitum & perpetuò facta à testatore, tamen ultra quartum gradum non protendatur. cùm tamen ita jus sit, ut liceat etiam in infinitũ substituere. Est hoc quidem dictu durum adversus Imperatorem & Tribonianum, ut ingenuè fatear: veruntamen non debui hanc censuram Cujacianam silentio præterire, præsertim cùm illud jus novum hîc ab Imperatore constitutum, aliis quoque Dd. cerebrum turbârit, & ipsos eò impulerit, ut non uno modo hanc constitutionem restringendam & limitandam existimarent. Quod quale sit ex iis quæ subijciam satis apparebit.

Quartò † ergò videamus quomodo hanc Novellam Doctores restringant: 4
1. quod sancit Imperator prohibitionem alienationis factam filiis, non extendi ad nepotes, id Jacobus de Beluiso ita restringit, ut verum sit eo duntaxat casu, quando testator expressit propria nomina filiorum, sicut fecit Hierius noster in proposito testamento. Refert hanc limitationem Bartolus *ad Novellam nostram, n.1.* & remittit lectorem ad notata Dyni *in l.114. filius famil. §.14. Divi, ff. de leg.1.* ubi etiam prohibitio alienationis in testamento facta est, quemadmodũ & in *l 69.pet.o. §.2. fratre instituto. ff. de leg. 2.* & alibi. Secundò distinguit idem Jacobus de Beluiso, inter has duas formulas prohibendæ alienationis, quarum unâ testator dicit, *se velle res suas perpetuò manere in familia, nec unquam de eâ exire*: Alterâ verò dicit, *se velle bona perpetuò manere penes suos descendentes, sive ad eos pervenire.* Priore tantum casu locum esse vult *dictæ Novellæ 159.* nempe, ut nõ ultra quartum gradum extendat vires suas prohibitio: posteriore autem vult extendi prohibitionem ultra quartum gradum etiam in infinitum. Distinctionem hanc ipsius nobilissimam videre licet relatam à Bartolo, (& à multis aliis) *ad d. Nov. 159.* & aliis quoq; probatam, ut videre est apud Didac. Covarruviam, *lib.3. variar. resolut. c.5.* & Molinæum in additionibus ad Alexandrum, *conf.56. volum.1.* & Johan. Cephalum, *conf.386.* & Fr. Manticam, *lib. 8. de conjectur. ultimarũ voluntatum*, & alios Dd. relatos à Michaële Grasso *in § fideicommiss. q.19.* ubi *n.2.* scribit, si ex conjecturis possit constare, quòd voluerit testator perpetuam esse prohibitionem alienationis, tunc non esse locum huic constitutioni Imperatoris. Addit etiam consilium sive cautelam memorabilem pro testatore, quomodo is prægnantibus clausulis fideicommisso adjectis efficere possit ut nullo modo bona de familia eius ne momento quidem, exeant: quam ad rem allegat Philippum Decium *conf.442* & Johan. Dilectum *de arte Testandi. t.8. c.2. num.4.* Idem Grassus eadem *q.19.n.4.* etiam hoc addit si ex conjecturis constet de voluntate testatoris, extendi fideicommissum etiam ultra decimum gradum, quia scilicet testator non astrinxerit se ad gradus, sed voluerit perpetuum esse, ut bona in familiâ & agnatione suâ conservarentur, & de hærede in hæredem in infinitum transirent: ad quos allegat Parisium *conf.72. nu 91. vol 4.* & Cephalum *d. conf.386 n.21.* Ex his igitur jam apparet quantopere Novella nostra per Dd restringatur: quæ limitatio videtur favere voluntati defuncti, eamq; sectari, ut canis insectatur leporem (quomodo Baldus loquitur.) proindeq; in dubio est recipienda, præsertim cum Imperator hanc sententiam expressè non prohibuerit sua constitutione.

5 Quintò † notandum est, (quod ad Historiam pertinet) in *h. Nov.* fieri mentionem Sanctæ Theclæ cuius martyrium sive Basilica, fuerit apud Antiochiam in suburbio. Fuit hæc sanctissima fœmina D. Pauli discipula, quæ virtute Christi, quem fide constanti atq; immota confitebatur, superavit ignem, serpentes, ursos & leones Seleuciæ in urbe Isauriæ. Tandem verò martyrio affecta & in suburbio Antiochiæ sepulta est. Fit eius mentio apud multos scriptores Ecclesiasticos, ut apud Nazianzenum *in orat. de S. Cypriano martyre*, item, apud Epiphanium *in S. Ambros. libr. 2. de virginibus.* item apud Augustinum *libr. 30. contra Faustum, cap. 4. & in libro de sancta virginitate, c. 44.* Videatur etiam David Chytræus *in Onomastico Historico, litera Th.*

6 Sextò † notandum: quod huic Novellæ in editione Scrimgeri quædam ad finem adscripta sunt, non à Justiniano, neq; sub eius nomine sive persona, sed à Johanne & Curio duobus officialibus Imperatoris, qui hanc legem à se oblatã subditis, summperè cõmendant à pietate, æquitate & justitiâ: (quàm verè hoc fiat, æstimari poterit ex iis, quæ suprà dixi, ex censura Cujacii) proindeq; hortantur subditos, ut perpetuã Imperatori felicitatem & victoriam apud Deum precibus suis impetrent. Ea tamen verba finalia, neq; Haloandri editio neque vetus interpres agnoscunt.

7 Septimò † quia in facti specie huius Novellæ superiùs relata, proponitur Hierius senior legata quædam quæ priùs testamento reliquerat, filio suo Constantino, transtulisse postea ab eodem per Codicillos in nepotem Hierium Junìorem: per hanc occasionem quærunt Dd an & quando legatum in testamento alicui adscriptum possit eidem in Codicillis adimi? qua de re videri potest Bartolus *hic n. 5. & 6* & quos ipse præterea allegat.

8 Octavò & ultimò, † quia hucusq; multa de fideicommissis allata sunt, hoc quoq; generaliter de iis tenendũ, quod in fideicõmissis eodẽ ordine successiones fiant, quo etiã ab intestato succeditur, ut docet Michaël Grassus *d. § fideicõmiss. quæst. 19. n. 3. in fine. Successio* (inquit) *in fideicommissaria regulatur secundum ordinẽ successionis ab intestato, ut est textus apertus Papiniani in l. 69. peto. §. ult. in verbis: si non sint eiusdem gradus* (intellige illi quibus in familia relictũ est fideicommissum) *ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. &c.*

CAPUT XIV.

De Legatis divino nomine relictis, vel alicui Sancto sive Martyri. Ad Nov. 131. c. 9. (quibusdam est c. 8.) si quis in nomine, cum duob. seqq. capp.

SUMMARIA.

1 *Si quis Christum scripserit heredem, vel legatum ei reliquerit: quis hereditatem eum vel legatum illud capiat?*

2 *Quid, si quis sanctum aliquem scripserit heredem vel legato honoraverit, sine mentione loci, in quo eius nomini templũ sit dicatũ?*

3 *Ubi Testator censeatur domicilium habuisse, si forsan duob. in locis æqualiter sit instructus?*

4 *Quid faciendum si testator tusserit locum aliquem venerabilem ædificari?*

5 *Quid circa præfectos talium locorum statuendum sit?*

6 *Quid serVandum in legatis ad alimoniã pauperum vel ad redemptionem captiVorum relictis?*

7 *Quid si testator interdixerit, ne Episcopus huic rei se immisceat?*

8 *Quid si heres, vel legatarius, vel fideicommissarius omiserit implere ea quæ sibi iniuncta sunt a testatore?*

9 *Quid*

9 *Quid si Episcopus quoque hac in re fuerit negligens?*
10 *Quid si & Metropolitanus?*
11 *An heredi ex legatis ad pias causas relictis liceat deducere Falcidiam?*
12 *Intra quod tempus præstanda sint legata ad pias causas?*
13 *Quid si legatum annuum relictum sit alicui venerabili domui licebitne eius præfectis id alienare?*
14 *Alia quædam quæstiones, remissivè.*
15 *An Episcopi, & alii clerici, locorumq; venerabilium administratores possint testari?*
16 *Alia quædam quæstiones, remissivè.*

DE legatis ad pias causas jam suprà aliquid attigimus obiter hac ipsa parte, *cap. 6. sub capite, de Falcidia.* Sed pauca addenda sunt: Etsi hoc argumentum etiam quadantenus ad Jus sacrum, id est, ad partem primam expositionis nostræ pertinet.

Quæritur ergò † quid juris sit, si quis testator in nomine DEI & Salvatoris 1
nostri Jesu Christi reliquerit hæreditatem, vel legatum, id est, si Christum instituerit hæredem ex asse vel pro parte, ut ait *l. ult. C. de SS. Ecclesiis*: vel si ei legatum adscripserit: quis, inquam, hanc hæreditatem, vel hoc legatum capiet? Illud certè extra dubium est, quando quod Christo relinquitur id pauperibus, vel Ecclesiæ eius, quæ pauperum curam gerere debet, relictum censeri debeat. Christus enim in beatitudine & gloria cœlesti qua jam perfruitur, nostris bonis non indiget, ut etiam de Deo ait *Psalm. 16.* sed in pauperibus suis quos semper nobiscum habituros prædixit, vestitur cibatur potatur, refocillatur ac sustentatur: sicut contrà quoq; affligitur in iisdem tanquam in membris suis: & quidquid fit pauperibus, id Christo ipsi præstabitur: ut est *Matth. 26. & in Historia Pauli Actor. 9.* Sed quæritur quibusnam pauperibus, vel cui Ecclesiæ hæreditas vel legata eiusmodi debeantur? Et cõstituit Imperator vel Ecclesia eius loci in quo testator habuit domicilium, relicta accipiat tanquam heres vel legatarius *d. Nov. 131. c. 9.* In quos aũt usus Ecclesiæ tales res impẽdere debeat alibi latiùs explicatur, nẽpe partim ut sarta tecta conserventur ædificia sacra: partim ut clerici indè alantur: partim ut pauperibus inde dentur Eleemosynæ.

Secundò † quæritur, si quis sanctum aliquẽ scripserit hæredem, vel legato 2
honoraverit, sine mentione loci in quo eius nomini templum sit dicatum. & plura eodem in loco domicilii testatoris sint oratoria illius Sancti? Resp. hoc casu relictũ est ei potiùs domui, seu Basilicæ præbebitur ei, quæ est pauperior, sive quę tali subsidio magis indiget. Quod si in civitate illa non sit ulla tali sancto dicata Basilica detur ei quæ in territorio seu districtu eiusdem civitatis sita est. Si nec in territorio quidem recipiatur talis sancti domus sive ecclesia, detur relictum ecclesiæ eius civitatis ubi testator domicilium habuit. *d. Nov. 131. c. 9. & l. 26 sive ult. C de SS. Ecclesiis.* Sed quæret quis, † ubi nam censeatur domicilium 3
testator habuisse? Quid enim si duobus in locis æqualiter sit instructus? wann er sich an dem ort so wol hat angericht als am andern. Respond dicebat Jurisconsultus Celsus ubi domicilium tali casu quis habeat, ex destinatione animi accipiendum esse. *l. 27. eius qui. §. 2. Celsus. ff. ad municipal.* ubi procul dubio non est legendum, *existimatione*, sed *ex destinatione animi*: ut sequentia verba palàm faciunt? Sed hanc Celsi sententiam alii Jurisconsulti reprobarunt: Nam & Julianus *in d. l. 27.* ibidem notat. Quid enim si utrobique

destinato sit animo? Ideoq; verum esse putat Julianus, posse quem duobus locis domicilium habere, quod etiam Paulo probatur *l. 5. ff eod. t. ad municip.* ubi etiã reiecit sententiã Labeonis, qui putabat, talem nusquã habere domicilium: q d. scil. obtinere illud joculare Martialis: *Qui sjus ubiq; habitat Maxime, nusquam habitat.* Sed in rebus civilib. hoc absurdũ est quãvis Poëtis fortè & Philosophis ita loqui liceat. sicut memini simile dictũ legere apud Senecam Philosophum Juliani aũt & Pauli sententiæ accedit etiã Ulpianus *in l. 6. §. viris prudentibus ff d. t.* Sed ad propositũ redeundo, quid si testator duobus locis domiciliũ habuerit sicut posse fieri jam docui, ex Juliani, Pauli, & Ulpiani sentẽtia utrius loci Ecclesiæ relicta ad pias causas debebuntur vel præstabuntur? Imperator quidem hanc quæstionem non decidit, sed argumento superiorum rectè dicemus, deberi legata ista Ecclesiæ pauperiori.

4 Quæritur porrò † quid faciendum sit, si testator jusserit, vel oratorium vel xenodochium, vel orphanotrophium vel prochotrophiũ vel similem aliquẽ venerabilẽ locũ ædificari? Resp. Episcopus loci & Judex civilis, puta defensor civitatis (Statt-Halter) providebunt, ut opus illud ab hæredibus compleatur; oratorium quidem intra quinquennium alia verò pia loca intra annum. Cessantibus verò hæredibus ipsi curabunt impleri voluntatem testatoris.

5 Quæritur item: † quid circa præfectos sive Rectores & gubernatores talium locorum statuendum sit? Respond. si quidem testator aliquem elgerit, is præficiatur. Baldus dicebat: debemus subsequi voluntatem testatoris vel defuncti, tanquam canis leporem si hæredibus electionem permiserit: tum hæredes aliquem eligent idoneum. Æstimatio autem idonei talis erit penes Episcopum loci, vel etiam potestas removendi minus idoneum & alium substituendi. *d. Novel. 131. c. 10.*

6 Quid autem † servandum in legatis ad alimoniam pauperum, vel ad redemptionem captivorum relictis? Respond. quocunque modo testator quid reliquerit ad hunc usum, voluntas eius implenda est ab iis, quibus id injunxerit, sive sint hæredes sive legatarii, sive fideicommissarii, sive instituti, sive substituti. Hi enim omnes legatis eiusmodi gravari possunt, eatenus scilicet quatenus sunt honorati: Et hoc quoque casu providebit Episcopus loci adhibito œconomo Ecclesiæ, ut satisfiat defuncti voluntati, tàm in erogatione bonorum inter pauperes eius civitatis quàm in redemptionem captivorum. Idque sive testator nominatim ac in specie dixerit, per quem velit fieri redemptionem sive nihil nominatim dixerit. *d. Novel. 131. c. 11.*

7 Quid † si testator interdixerit, ne Episcopus huic rei se immiscat. Respon. huiusmodi interdictum nullius est momenti nec potest excludere Episcopum ab hac pia cura & sollicitudine, quà non facilè alia est convenientior personæ vel muneri Episcopi. Videtur autem interdictum testatoris esse contra bonos mores, & plenum malevolentiæ, & iniquæ suspicionis adversus Episcopum; ideoque sicut aliàs ineptæ & absurdæ voluntates testatorum pro non scriptis habendæ sunt: ita de hoc quoque existimandum est. Videatur *d. Novell. c. 11. & Authent. licet. C. de episc. & cleric.*

Quid

Digitized by Google

Quid † si hæres vel legatarius vel fideicommissarius omiserit implere ea, 8
quæ sibi injuncta sunt à testatore? Respond. admoneri debet semel atq; iterum ab Episcopo vel œconomis per publicas personas, id est, testatò sive, ut vulgò loquimur, adhibitis Notario & testibus: & si ne tunc quidem bonam fidem agnoscens, impleat voluntatem defuncti, privandus erit omni lucro, quod aliàs ex defuncti ultimâ voluntate consequi potuisset. Indignum enim se reddit beneficio qui non facit officium *arg. tit. de his qui ut indign. auser. ff. & C.* videatur etiam *d. Authent. licet. C. de Episcop. & Clericis.* Episcopus verò loci omnes res, quæ in pias causas destinatæ sunt à defuncto accipiat cum fructibus medii temporis & unà cum lucro hæredi ablato, ac voluntati defuncti satisfaciet.

Quid † si Episcopus quoque hac in re fuerit negligens & immemor sui 9
muneris? Sciat, inquit Imperator, se Deo redditurum rationem neglecti officij Huic autem curæ succedaneus erit Metropolitanus tanquam superior, & cui plures ejusdem ditionis Episcopi subsint. Quid † si etiam Metropoli- 10
tanus fuerit negligens? Respond tum ad quemlibet alium hæc cura devolvetur, ut sit quasi publicum hoc nomine judicium *d. Nov. 131. c. 11. in fine.*

Sed † licebitne hæredi de legatis ad pias causas relictis deducere Falcidiã? 11
Respond cum Imperatore *in d. Nov. c. 11.* constituerit, ut tunc demum vacet sive cesset omnis Falcidia, si hæres relicta ad pias causas non impleat, dicens videlicet per mendacium, hæreditatem ad ea non sufficere: cùm tamen sufficiat, & cùm velit eo casu ad pias causas conferri provisione Episcopi quicquid reperitur in substantia defuncti: ex eo satis intelligi potest, regulariter igitur locum esse Falcidiæ etiam in piis causis. Atque hanc sententiam video latè quoque probari à Fachin. *l. b. 5. controverf. c. 17.* post Wilhelm Fornerium *lib. 2. select. c. 25.* ubi refellit hac in re inconstantiam Cujacij: hic enim *ad Novellam nostram 131.* affirmativam tuetur: sed negativam alibi, ut *in notis ad Institut. & Interpretatione sententiarum Pauli lib. 4. t. 3.* Et hæc addi velim ad ea, quæ dixi *sub capite de Falcidiã.*

Sed † intra quod tempus præstanda sunt legata ad pias causas? Respond. in- 12
tra sex menses post insinuationem testamenti: quid si cesset heres tanto tempore? tunc præstabit & fructus, & usuras, & omne legitimum augmentum eorum quæ relicta sunt inde usque à tempore mortis testatoris. Hæc enim pœna esse debet moræ ab ipso commissæ.

Quid † si legatum annuum relictum sit alicui venerabili domui: licebitnè 13
eius præfectis, sive Oeconomis illud alienare? Resp. per distinctionem: Aut personæ vel etiam res, à quibus & ex quibus legatum annale relictum est, in eâdem, vel vicinâ provinciâ sunt, & hoc casu prohibita est alienatio: Aut non in eadem provinciâ, sed longiùs absunt; & hoc casu permissa est tùm permutatio, tùm venditio illius legati, Ita tamen: 1. ut pars obligata, quæ debet legatum, consentiat. 2. ut pretium non sit minus quam conficiant reditus viginti-quinque annorum, *d. Nov. 131. c. 12. § si autem annale.* Atque hæc hactenus de legatis piis ex Novella nostra.

Sunt & † aliæ plurimæ quæstiones, quæ de hoc legati genere moveri so- 14
lent:

Digitized by Google

lent: verbi gratia, an legataria debeantur etiam hæreditate non adita: nam certum est *ex l. 9. ff. de testam. tut.* ex testamento, cujus hæres nullus extitit, deberi nihil quæsitum ergo est, utrum hoc etiam obtineat in legatis ad pias causas. De hac quæstione remitto vos ad Fachin. *lib. 6. controvers. c. 82.* Sic quæritur, an legata ab extraneo relicta Episcopo, sub nomine ipsius proprio, acquirantur Ecclesiæ an verò ipsi Episcopo? De hac quæstione videri potest idem Fachin. *lib. 5. c. 40.* Sic quæritur, an legata relicta Canonicis, acquirantur Ecclesiæ, an Capitulo an ipsis Canonicis? Hac de re videatur idem Fachin. *d. l. 5. c. 41.* Aliæ quæstiones de piis legatis videri possunt apud Tiraquellum *in tractatu de privileg. piæ causæ.*

35 Porrò quæritur, † an Episcopi & alii Clerici, item Orphanotrophia liiq; similes locorum piorum provisores, administratores, curatores sive rectores, possint testari? hac de re Justinianus sanxit *in d. Nov. 131. c. 13.* distinguens inter genera bonorum. Alia enim acquisiverunt post Episcopatum, vel aliam curationé venerabilis domus: alia bona habuerunt ante Episcopatum, vel reliqua munera & curationes. Prioris generis bona subdividuntur: Nam alia acceperunt à cognatis usque ad quartum gradum, alia verò ab extraneis: quæ post episcopatum quoquo modo acquisiverunt, ea pro redemptione quidem captivorum & pro alimentis pauperum, aliasque pias causas, item pro Ecclesiæ suæ utilitate expendere possunt sed neque in cognatos, neque in extraneos transferre possunt, sive sint res mobiles, sive immobiles sive denique se ipsas moventes. Quæ verò ante Episcopatum, & cætera munia habuerunt, item quæ post Episcopatum ab iis quos dixi propinquis acquisiverunt: de his, inquam, possunt pro suo arbitrio disponere. Quod si intestati decesserint, nullis etiam relictis legitimis hæredibus Ecclesia ipsis succedit, videatur hac de re etiam Cujacius *ad d. Nov. 131. p. 384.*

36 Quæritur † item, an Clerici, Episcopi & alii, &c. de fructibus bonorum Ecclesiasticorum testari possint? Hanc quæstionem tractat Fachin. *lib. 5. c. 83.* ubi antiquam, celebrem & non parvi momenti esse hanc controversiam testatur, ac decidit affirmativè.

Quæritur etiam an testamentum, ab aliquo factum ante ingressum religionis id est antè quàm fieret monachus, revocetur per ingressum, secutâ professione Monachismi. Hac de re videatur Fachin *lib. 6. controvers. Iuris c. 14* ubi negativè respondet. Ibidem *cap. sequenti 15.* hanc quæstionem examinat, an testamentum ante professionem factum, possit à testatore jam monacho facto post professionem revocari? ubi similiter negativè decidit.

Alias quoque duas vel tres quæstiones hujusmodi de Monachis & Monasteriis videre licet apud eundem Fachin. *d. l. 6. c. 16. & 2. seq.* & de quibusdam superiorum quæstionum non nihil dictum est suprà *parte 1. hujus Expositionis*, ubi de Jure sacro *cap. de Monachis.* Jam ne nimis longi simus, finem parti sextæ imponemus.

FINIS PARTIS SEXTÆ.

PARS

PARS SEPTIMA
METHODICÆ NOVELLARUM EXPOSITIONIS:
De Successione Legitimâ, sive de Hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur.

PROOEMIUM.

SUMMARIA.

1 *Hereditas alia testamentaria, alia legitima.*
2 *Hereditas quæ ab intestato defertur, dicitur legitima & justa, non quòd eam sola lex & ius deferat: sed quod eam lex sola, sive ius solum, deferat; non etiam voluntas testantis seu provisio hominis.*
3 *L. ff pro socio & l. 130 ff. de verb. sign. explicata.*
4 *Differentia undecim inter utramq; successionem, remissivè.*
5 *Ratio ordinis.*
6 *Commendatio huius partis iuris, & Novellarum ad successionem ab intestato pertinentium, imprimis Nov. 118.*

HEreditas † ad nos pertinet vel ex testamento, vel ab intestato. *l. 1. & l. 3. ff. de heredit. petit* sive quod idem valet hæreditas alia ex testamento obvenit, alia Jure legitimo: quæ & justa hæreditas dicitur & legitima. *l. 3 § 2. de illo. ff. pro socio.* & hæ duæ species hæreditatis, nimirum testamentaria & legitima perpetuò sibi invicem opponuntur in jure: sicut & hæres testamentarius & legitimus: item tutela testamentaria & legitima. Loca sunt ferè innumerabilia: & exempla plurima annotavit Fornerius *ad l. 130. lege obvenire. ff. de V. S.* ad quam videatur etiam Commentarius Domini Gœddæi. 1

Sed † cum dicimus hæreditatem aliquam legitimam, item justam, quæ ab intestato ad nos pertinet: non sic intelligendum est hoc, quasi ea, quæ ex testamento alicui defertur sive obvenit, injusta sit, aut non jure legitimo obveniat. (Nam lege XII. tabb hæreditates testamentariæ confirmantur: ut ait Ulpianus in *d. l. 130. de V. S.* & probatur à Pomponio in *l. 120. verbis, eod titulo.*) Unde etiam non impropriè quis dixerit, eam hæreditatem quoque obvenire lege, quæ ex testamento defertur: ut diserte scriptum est in *d. l. 130.* Imò hæreditas testamentaria usque adeò consentanea est Juri ac legibus ut etiam illâ, quæ ab intestato defertur, sit potior, eique præferatur (quod non fieret, si non esset legibus consentanea. *l. quamdiu 39. ff. d. acquir. hæred. & l. 89. quamdiu. ff. de Reg. Iur. l. 8. antequam. C. communia de successionib. l. 2. C. unde liberi.*) Sed hunc habet sensum: quâquam utraque hæreditatis sive successionis species tàm testamentaria, quàm quæ ab intestato obvenit, quatenus Jure ac legibus nititur, possit æquè dici justa ac legitima, latè scilicet accepto vocabulo: quâ ratione latissimâ quicquid legibus permittitur vel jubetur, & quicquid ipsis convenienter fit justum est, atque legitimum: (Nam, ut Aristoteles ait, δίκαιον τὸ νόμιμον) tamen hæreditas illa, quæ ab intestato defertur per excellentiam (καθ' ἐξοχήν) hoc nomen meruit: 2

ut quo-

Digitized by Google

ut quoties audimus appellari hæreditatem juſtam, item legitimam, vel lege obvenientem, nonaliam intelligamus quàm ipſam. Obvenire quidem alicui lege etiam illa hæreditas dici poteſt, quæ ex teſtamento defertur: ſed hoc fit, non impropriè; ut ait Ulpianus, accuratè diſcernens inter id quod propriè dicitur, & id quod non impropriè, ſicut idem Jurisconſultus etiam alibi ſic loquitur ut videatur eâ formulâ non indelectatus: ut videre eſt in *l. 1. in pr. ff. de ſuis & legit. hæredibus*: ut nunc alia loca prætermittam. Differunt enim hæc tria: locutio *propria*, locutio *impropria*, & locutio *non impropria*, quæ eſt inter priora duo velut media: ſicut aliàs quoque diſcrimen accuratum conſtituitur inter *velle*, *nolle*, & *non nolle*: ut explicatur *ad l. 3. ff. de Reg. Iur.* Ratio autem cur ſucceſſio inteſtati propriè & per eminentiam dicta ſit legitima, item juſta hæreditas, item legitima ſucceſſio *d. l. 3. ff. pro ſocio*: & *§. ul. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* & §. 4. *in fin. Inſt. de SC. Tertull.* & §. 1. *Inſt. de SC. Orficia*, item *l. 13. is qui hæres, in pr. l. 17. nec is. §. 1. l. 70. in plurib. l. 77. illud dubitari. ff. de acq. hær. l. unic. C. quando nõ petentiũ partes petentib. accreſ ãt. l. ult. C. de legit. hær. l. 2. 3. 4. 5. 6. 8. 10. & 11. ff. de ſuis & legit. l. 1. & 2. ff. ad SC. Tertull.* & infinitis aliis legibus: ratio, inquam, hujus appellationis, illa aſſignari poteſt, quia in hâc ſucceſſionis ſpecie, ſola lex, & ſolum Jus operatur: cùm in alterâ, ſucceſſione teſtamentariâ, dominetur voluntas teſtatoris lege confirmante & quaſi cooperante. In hæreditatibus, inquam, teſtamentariis, lex quaſi decedit ſuis partibus, easque tranſcribit teſtatori, conſtituens hunc legislatoris cujusdam loco: § *diſponat. Nov. 22. de nupt.* In hæreditatibus verò inteſtatorum ipſa lex ſola dominatur, nullâ ratione habita voluntatis defuncti: quæ nec ulla hoc caſu eſt: niſi quis fortè tacitam eſſe dicat, quod is, qui nullum fecit teſtamentum cum quidem poſſet, cenſeatur voluiſſe, ut bona ſua ad illum devenirent, quem lex tanquam domina ac regina facultatum noſtrarum, ad ſucceſſionem
3 earum vocarit. Cæterùm † de duabus illis legibus, *l. 3. ff. pro ſocio*. & *l. 130 ff. de V. S.* quomodo accipiendæ ſint, variæ ſunt ac diverſæ Interpretum ſententiæ, quas videre licet diligenter annotatas à Fachin, *lib. 6. controverſ. Iur. cap. 41.* ubi illam Interpretationem cæteris ait eſſe communiorem, quòd *dicta l. 3.* intelligenda ſit ſecundùm ſtrictam & propriam interpretationem: ſed altera, *l. 130.* ſecundùm latiorem verbi ſignificationem: confirmans eam ſententiam & Cujacii & Fornerii authoritate: quorum ille ſic ſcribit *in Paulo ſuo, lib. 32. ad Edictum (Ex quo ſumpta eſt d. l. 3. pro ſocio) legitima propriè ea dicitur hæreditas, quæ ex ſolâ lege defertur, ſive teſtamento, ſine voluntate defuncti: Iuſta, quæ ex ſolo jure, defertur.* Aliter has leges conciliat Hyppolitus Riminaldus: in cujus ſententiam magis inclinat Dominicus Arumæus *in exercitationibus ad tit. de hæred. quæ ab inteſtato deferuntur.*

4 Inter † utramque verò ſucceſſionem, quaſi undecim ſunt differentiæ: quas hîc explicare, aut etiam referre, nimis longum foret: videri poſſunt collectæ diligenter atque expoſitæ à Valentino Forſtero *lib. 1. de ſucceſſionibus, à cap. 1. usque ad 33. inclusivè.*

5 Jam igitur, † poſteaquam de teſtamentaria hæreditate ſatis pro inſtituti noſtri.

noſtri ratione diximus *parte præced.* Conveniens eſt, ut etiam de ſucceſſione inteſtatorum explicemus: quod fiet, Deo dante, *hac parte ſeptimâ.*

Eſt autem † hæc materia una ex nobilioribus in Jure Civili, & frequentioribus in communi vita, de qua potiſſimum eſt attendendum, & ſequendum, quod cautum eſt Jure noviſſimo: per id enim multa Juris Pandectarum, & Codicis & Inſtitutionum capita abrogantur & mutantur. Per id à ſubtilitate Juriſprudentiæ anterioris ad utilitatem, à rigore ad æquitatem reditur: & ſimplicitati antiquæ ac naturali pleraque conformantur. Quòd ſi nulla eſſet alia cauſa, quæ nobis Novellarum Juſtiniani ſtudium commendaret, (ſunt autem longè plurimæ, ut & *in prolegomenis* dixi, & inter tractandum quotidiè evadit manifeſtius) certè vel hoc ſolum argumentum de Jure ſuccedendi ab inteſtato ad hoc ſufficere poſſet. Pertinent autem huc maximè iſtæ Novellæ. *Nov. 18. c. 4. Nov. 21. Nov. 22. c. 8. 9. 10. 25. & ſeqq. Nov. 53. c. ult. Nov. 84. Nov. 117. c. 5. Nov. 118. per totam. Nov. 127.* unâ cum aliis quibusdam, de quibus ſuo loco ſed eximiè ac præ cæteris huc ſpectat *Nov. 118.* ex qua etiam multæ Authenticæ ſunt decerptæ & in Codicem relatæ, ut videre eſt ſub *tit. C. de ſuis & legit. & tit. C. de legit. hæredit. & tit. C. de legit. tutel. & tit. C. quando mulier tutelæ officio fungi poſſit, &c.* Eſtque de *hac Novella* n. 8. memorabilis admodum & luculenta cenſura Fr. Balduini *in extremo Juſtiniani p. 560. Si quæ eſt,* inquit, *nova conſtitutio, quæ multas priores leges abroget, quæ ſubtiliſſima juris antiqui myſteria perfundet, perturbet, everſat: quæ juriſprudentiam multis ambagibus inanibuque circuitionibus liberet: quæ multos ejus nodos non tàm diſſolvat, quam ſecet: denique quæ unâ veluti litturâ multas Pandectarum paginas deleat: hanc certè agnoſco, & apertè confiteor.* Deinde addit Juſtinianum hoc novo veluti everriculo ſemel ſuſtuliſſe totam illam veteris Juriſprudentiæ nimiùm civilem & acutam hac in parte ſylvam tot alioqui & ſpinis obſitam, & an fractibus implicatam: atque hanc rem totam ad unam aliquam ſimplicem & naturæ inprimis convenientem Jurisgentium formam tandem revocare ſtuduiſſe. Quæ omnia magnoperè faciunt ad commendationem juris hujus noviſſimi de ſucceſſionibus & hæreditatibus inteſtatorum. 6

CAP. I.

Præliminaria quædam & evidentialia ad totam hanc materiam ſucceſſionis ab inteſtato.

SUMMARIA.

1 *Ex quo jure deſcendat ſucceſſio?*
2 *Quis dicatur inteſtatus ſive quæ ſit cauſa inteſtati?*
3 *Inteſtati verbum in ſtatutis an etiam perſonam ad teſtandum inhabilem comprehendat?*
4 *An ſcriptus heres qui etiam ab inteſtato ſuccederet poſſit, omiſſâ cauſâ teſtamenti, ab inteſtato ſuccedere?*
5 *An qui petiit hereditatem ab inteſtato & ſuccubuit, poſſit deinde eandem ex teſtamento petere?*
6 *An in dubio quis potius teſtatus quàm inteſtatus deceſſiſſe præſumatur?*
7 *De jure repræſentationis.*
8 *De ſucceſſione ſive diviſione in ſtyrpes, aut in capita.*
9 *De gradibus.*
10 *De ordinibus ſuccedentium.*
11 *Jura ſucceſſionum ab inteſtato debent eſſe reciproca.*

reciproca.

12 *Successio omnis debet fieri gradatim, non per saltus.*

13 *Successio in fideicommissis regulatur secundum naturam & ordinem succedendi ab intestato.*

INitio hujus tractatus, quem de successione ab intestato occasione Novellarum instituemus, generalia quædam præmittenda sunt, facilioris doctrinæ & evidentiæ causa.

1 Ex his † non immeritò primum erit illud, ex quo jure descendat successio. De liberis vix dubitandum est quin sit ex jure naturali. *Can. 7. jus naturale. distinct. 1. in verbo: liberorum successio.* quanquam ibi nonnulli legunt, *liberorum susceptio*: ut etiam apud Isidorum *lib. 5. Etymolog. c. 2.* (ex quo sumptus est *d. Canon.*) Quidam tamen etiam successiones cognatorum voluerunt esse receptas jure naturali & gentium: de quo videatur Parisius *cons. 6. n. 47. & 48. vol. 2* & gl. Juris Canonici, *ad d. can. 7.* Mihi probabilis videtur sententia: etsi fundamento naturali nitatur successio & liberorum in bona parentum, & propinquorum in bona eorum, quibus genere sunt proximi (quod tamen jus naturale in liberis, quàm in aliis propinquis est firmius ac fortius: *arg. l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. & l. cum ratio 7. ff. de bon. damnat.*) tamen modum & quantitatem, quousque scilicet & quatenus, vel liberi parentibus, vel cognati cognatis succedere debeant, à Jure Civili dependere ac definiri, & aliâs quidem aliter sicut ex historia Juris Civilis circa hunc ipsum articulum præclarè demonstratur à Valent. Forstero *passim in libris de successionibus.* (quos scripsit octo.) Hoc igitur primum sit, de origine successionis sive cujus illa sit juris, naturalisne & gentium, an Civilis.

2 Secundo † loco videndum quis dicatur intestatus, sive quæ sit causa intestati. Nam huic speciei successionis tunc demum locus est, quando constat intestatum quem decessisse: ut supra *in proœmio hujus partis* probavi. Quapropter etiam Justinianus de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur tracturus *initio lib. 3. Instit.* ab hoc ipso exordium capit, quot modis intestatus quis decedere dicatur: idque exemplo Ulpiani *in l. 1. ff. de suis & legit. hæred.* Videatur & *l. 64 Intestatus. & ibi Dd. ff. de V. S.* In summâ quatuor modis dici quis potest intestatus decessisse: quorum alii propriè dicuntur intestati, alii non impropriè: ut more suo Ulpianus distinguit *in d. l. 1 ff. de suis & leg. 1.* Primus modus est, si nullum fecerit testamentum, puta quia vel noluerit cum posset, vel quia non potuerit etiamsi voluisset, quod scilicet de facto, ut loquimur, impediretur, aut ab aliquo prohiberetur, aut etiam quia tot testium, quot in testamento requiruntur (nempe regulariter 7) copiam habere non posset. Secundus est, si non ritè neque jure fecerit, (hæc enim duo in toto jure æquiparantur, non facere, & non ut oportet facere, *l. 6. & ibi Dd. ff. qui fatud. cog. l. 2 ff. de autoritat. tut.*) & hoc genus testamenta abusivè sic appellari docet Ulpianus *in l. 2. §. 1. ff. testam. quemad. aperiant.* Tertius modus est si testamentum, quod anteà factum erat, atque etiam rite perfectum, postea ruptum vel irritum factum fuerit, aliquo scilicet eorum modorum, qui traduntur sub *titulo Instit. quib. mod. test. infirm.*

& sub

Digitized by Google

& ſub *titulo ff. de iniuſto. rupt. irrit. fac. teſtam.* Quartus, ſi ex teſtamento nemo heres extiterit, ſive ſi teſtamentum deſtituatur, ut loquitur Paulus *in l. 9 ſi quis poſthumos. §. 2. in fin. ff. de liber. & poſthum.* Nam ſi heres inſtitutus omiſerit hæreditatem, putà quòd adire hæreditatem ſive heres eſſe aut nollet, aut non poſſet, erit legitimus hæres *d. l. 9 §. 2.* Nam, ſi nemo hæreditatem adierit, nihil valet ex his, quæ teſtamento ſcripta ſunt. *l. 9 ff. de teſtamentar. tut.* Hoc igitur de variis inteſtati modis ſecundo obſervetur: quibus addendum eſt, rem ad cauſam inteſtati redire etiam eo caſu (qui poteſt eſſe quintus modus) quo teſtamentum expugnatum fuerit ac reſciſſum, ſive evacuatum, vel per querelam inofficioſi teſtamenti, vel per bonorum poſſeſſionem contra tabb. (quæ eſt ſimilis querelæ inofficioſi: hoc tantum intereſt quod querela eſt remedium civile: bonorum poſſeſſio, prætorium) quod tamen jure noviſſimo tantùm de Inſtitutione verum eſt: nam eatenus duntaxat reſcinditur teſtamentum, non autem quoad reliqua teſtamenti capita: ut *parte præced.* diximus ex *Novell. 115. & Authent. ex cauſa. C. de liber. præter.* quod eſt quodammodo contrarium regulæ juris, *in l. 7. jus noſtrum ff. de Reg. Jur.* & videndus eſt hac de re Forſterus *lib. 1. de ſucceſſ. c. 22.* ubi contra ſententiam Vaſquij diſputat.

Quæritur autem † de interpretatione ſtatuti, in quo verbum inteſtati forte uſurpatur, quomodo intelligendum ſit, & an comprehendat etiam inhabilem perſonam ad teſtandum, verbi gratia, impuberem, furioſum, mente captũ, &c. Placet autem mihi, quod ſcribit Johan Petrus Ferrarienſis *in formâ libelli, quo petitur hæreditas ab inteſtato delata, in fine:* ſi verbum inteſtatus vel ab inteſtato proferatur in aliquo ſtatuto: ſolùm comprehendi perſonam de jure habilem ad teſtandum, & non impuberem, vel aliam perſonam à jure prohibitam teſtui. Et ratio eſt, quia in ſtatutis verba ſtrictè & propriè accipienda ſunt, (quod ſæpiſſimè inculcant ſcriptores Conſiliorum) Jam verò propriè & ſtrictè intelligendo non dicitur inteſtatus, niſi ille, qui de jure poteſt facere teſtamentũ, nec tamen fecit. *d. l. 1. §. 1. ff. de ſuis & legit.* ubi ait Ulpianus: qui teſtari non potuit, propriè non eſt inteſtatus, puta impubes, furioſus, vel cui bonis interdictum eſt id eſt prodigus, &c. Addit tamen ibidem Ferrarienſis hanc notabilem limitationem, niſi conſuetudo patriæ aliter interpretata eſſet verbum ab Inteſtato: tunc enim omnes comprehendi: (etiam inhabiles) idque facere ad multas quæſtiones: Videatur & Bartolus *ad d. l. 1.* & Forſterus *lib 3. de ſucceſſion c. 3.* 3

Quæritur portò, † quid ſi ſcriptus ſit hæres talis, qui etiam ab inteſtato adire poſſit hæreditatem, atque ita duplici jure nitatur, poſſitne omiſſâ aditione ex teſtamento, adire ab inteſtato? Reſp. poſſe: ex *l. 1 & ſeq ff ſi quis, omiſſâ cauſâ teſtamenti, ab inteſtato, &c.* ubi tamen videndus eſt Cujac. *in paratitl.* 4

Quæritur item, † an ſi talis hæres, qui utroque modo vel jure, adire potuerit, & ex teſtamento ſcilicet, tanquam inſtitutus & ab inteſtato, tanquam legitimus; petierit hæreditatem ab inteſtato & ſuccubuerit, quia videlicet non erat proximus defuncti agnatus, vel cognatus (hoc enim probare debet, qui vult ab inteſtato ſuccedere: ut latè docet Fachin *lib. 6. controverſ. c. 43.*) poſſitne talis hæres poſtea eandem hæreditatem petere ex teſtamento? Reſpond. Diſtinguen- 5

dum est, ut si quidem sciverit se scriptum hæredem, & maluerit hæreditatem ab intestato petere, quàm ex testamento, non amplius audiatur, quasi qui tacitè renunciaverit hæreditati testamentariæ. *l. filium emancipatum. & l. ex contrario. ff. de acquir. heredit.* Sin autem ignoraverit se scriptum hæredem, tunc audiendus sit, volens ab intestato eandem hæreditatem petere, quam ex testamento petens semel succubuit: quia ignorans non videtur suo juri renunciasse. *l. mater decedens. ff. de inoffic. testam.* & facit *l. si quis ad quem. ff. de acquir. hæred.* item, *l. si ex sextante. § Latinus Largus. vers. quæro, & vers. cum autem. ff. de excepr. rei judic.* Videatur Ferrariensis Practicus *in formâ libelli pro hæreditate ab intestato. in verbis nullo condito testamento.* Huic finitima est quæstio de repudiatione hæreditatis facta ab eo, qui duplici jure venire potest: qua de re videri potest *l. 70. in plurimum, & l. 77 illud dubitari. ff. de acquir. vel amittend. hæred.*

6 Quæritur porrò, † quid si dubium sit, an quis intestatus an testamento facto decesserit, utrum sit præsumendum? Respond verius est, præsumi quemlibet potiùs intestatum mortuum, quàm testamentum fecisse: Jason & alii Dd. *ad L 9. C. de collation.* cui consequens est, eum, qui hæreditatem petit, tanquam proximior in successione intestati, non cogi probare, eum, de cujus hæreditate agitur, nullo facto testamento decessisse: sed sufficere, si probet, se proximum esse: eum verò qui testamentum allegat à defuncto relictum, debere id probare: ut docet Fachinæus *lib. 6. controvers. c. 46* post Covarruviam *lib. 2. variar. resolut. c. 6, n 5.* & Fr. Manticam *libro 2. de conjecturis ultimarum voluntatum, tit. 1.* & Menochium *lib. 4. de præsumptionibus, præsumpt. 1.* denique Mascardum *de probationibus, vol. 2, conclusione 997 & vol. 3. concl. 1352.*

7 Porrò, † cùm in hac materiâ successionis ab intestato sæpè fiat mentio repræsentationis: verbi gratia, cùm dicimus in lineâ rectâ descendentium jus repræsentationis in infinitum se extendit: item, in lineâ collaterali ultra quartum gradum repræsentatio non extenditur; id est, ultra filios fratrum illius, de cujus hæreditate quæritur, locum non habet. &c, *Dd. communiter ad Auth. cessante. C. de legit. hæred.* & Henningus Gœden. *cons. 27. n. 6.* admonendum est initio, quid hîc significet *repræsentatio*: Nam aliter repræsentandi verbum apud Ciceronem & alios Latinos autores sæpè usurpatur: (verbi gratia cùm dicit *repræsentare pecuniam*, id est, statim solvere, etiam ante diem, &c in Epistolis ad Atticum.) Est autem nihil aliud in hoc argumento repræsentatio, quàm jus, quo intrant filii filiæve sub locum patris vel matris prædefunctorum, & personam illorum repræsentant fictione quadam juris; ad hunc scilicet effectum, ut tantum capiant ex hæreditate, quantum habuisset suus parens si vixisset, ac ita succedant, jure & ex personâ parentis sui. Finge; moritur Titius sine testamento, relictis duobus filiis superstitibus, & ex tertio filio præmortuo, tribus nepotibus & una nepte: hîc tres illi nepotes, & una neptis ingrediuntur sive subintrant in locum patris sui & cum duobus filiis, hoc est, patruis suis succedentes, non plus accipiunt ex hæreditate sui avi, quàm pater suus esset habiturus, si vixisset: quæ est successio in stirpes, ut mox dicetur. Unde simul hoc quoque datur intelligi, jus repræsentationis esse velut fontem seu radicem successionis seu di-

Digitized by Google

seu divisionis in stirpes. Rursus finge: moritur Sempronius, relictis tribus fratribus, & ex quarto fratre præmortuo, sex liberis: hîc sex illi subintrantes in locum patris sui prædefuncti ante eum, de cuius successione tractatur, eiusque personam repræsentantes, succedunt unà cum tribus defuncti fratribus, id est patruis suis, non obstante eo, quod gradu sint remotiores: & tantundem accipiunt, quantum suus pater habiturus fuisset, si superstes fuisset; hoc est, quartam partem totius hæreditatis capiunt, & inter se subpartiuntur: reliquas tres quartas portiones, habebunt tres fratres defuncti, sive istorum sex liberorum patrui, quæ item est successio sive divisio in stirpes. Prius exemplum erat de repræsentatione in linea descendentium: hoc exemplum posterius; est de repræsentatione in linea collaterali. Habet enim jus repræsentationis locũ non solùm in descendentibus, sed etiam in collateralibus sive transversalibus: quamvis in illis longius quàm in his, se extendat, ut suprà dixi: cuius diversitatis ratio est, quia magis debetur successio descendẽtibus, quàm collateralibus, quorum conjunctio tam arcta non est. Videatur & Johan. Schneidewin. *ad tit. 1. lib. 3 Instit. sub rubrica de successione filiorum naturalium & legitimorum simul. n. 22. Item sub rubrica, de successione ascendentium, num. 21. & sub rubrica, de tertio ordine succedendi, collateralium scilicet, n. 12. & seq.* ubi etiam *n. 14.* annotat differentiam Juris Saxonici, quo Jus repræsentationis locum non habeat in collateralibus: sicut neque habet Jure civili, in ordine ascendentium. Videatur & Valentin. Forsterus *lib. 4. de success. ordinibus, c. 21 num. 1. & ult.* apud quem *cap. 19 & tribus seqq.* plures videri possunt de hoc Jure repræsentationis nobiles quæstiones: quas hîc brevitatis causa omitto. Docet autem Forsterus *d. c. 19. n. 4. & 5.* illud Jus repræsentationis esse introductum de jure divino, quod probat ex Historia Lothi & Abrahami, *Genes. cap. 11. cum duob. seqq.* & naturali quoq; sustineri æquitate: quod etiam Imperator noster satis indicat. *n §. cùm filius, vers. æquum enim. Instit. de hered. quæ ab intestato defertur.*

Adhæc † non minùs frequens est in hac materia usus illorum terminorum, 8
successio sive divisio in capita, & successio in stirpes. (v. g. cùm dicitur, nepotes & neptes, sive secundi gradus liberos succedere avo suo cum eiusdem filiis & filiabus id est cum liberis primi gradus, & fieri inter ipsos divisionem in stirpes, non in capita: *d. § cùm filius. vers. & quia placuit. Instit. d. t. de hered. quæ ab intestato deferuntur.* Item cùm dicitur, fratre mortuo intestato ad successionem eius fratres, & cum his fratris præmortui filii vocantur in stirpes. *Authent. Cessante. C. de legit. hered.* Item, post fratres fratrumque filios vocantur gradu proximiores quicunque, & fiet divisio non in stirpes, sed in capita. *Authent. post fratres. 2 l. d. t. C. de legit. heredit.*) Hæ quoque formulæ explicandæ sunt initio, ut tantò rectiùs constet, quid sibi velint. Igitur, *in stirpes* successio, vel divisio, ea est, cùm non habetur ratio multitudinis, vel paucitatis personarum succedentium, ut scilicet hæreditas inter eas personas æqualiter seu viritim distribuatur: sed ratio habetur stirpis; unde scilicet unaquæque persona descendit, omnibusque illis qui ex eadem stirpe orti sunt sua assignatur portio, inter ipsos deinde dividenda, sive multi, sive pauci sint. *§. cùm filius. & §. ult. Inst. de hered. quæ ab intestat.*

Germani hoc vocant, den Stammentheil nemen / oder in die Stämm succedirn, &c. Finge Noæ tres esse filios Sem, Cham & Japhet: quorũ primus habuerit duos filios, Elam & Assur: secundus tres, Chus, Nimrod & Chanaan: tertius sine liberis decessit ante patrem Noam. ut etiam ante eiusdem fratres: deinde post Sem, Cham, & Japhet, mortuus sit Noa: cuius de successione sive hæreditatis divisione quæratur, quomodo ea facienda sit inter quinque ipsius nepotes? Et respondetur duos Sem filios, Elam & Assur, unum semissem accepturos & inter se divisuros: tres filios Chami, Chus, Nimrodt & Chanaan, alterum semissem habituros: quoniam & pater eorum, si superstes fuisset tempore mortis Noæ, non plus accepisset: & inter se eum semissem divisuros. Vel etiam aliter: finge quod Japhet supervixerit patri Noæ, unà cum duorum fratrum prædefunctorum quinque liberis. Hoc casu divisio fiet in tres portiones: quarum unam habebit Japhet: alteram duo filii Sem: tertiam tres filii Cham. Ita fiet ut plus accepturus sit Japhet, quàm aut filii Sem aut Cham. Hi namq; suam partẽ inter se dividere coguntur: at ille cum nemine dividit, sed suam partem tertiã totius hæreditatis solus habet. Atque hoc omnino exemplo successionem seu divisionem in stirpes declarat Constitutio Electoris Palatini *part 4. tit 3.* Similia exempla facilè unusquisque sibi ipsi excogitare, & ad hanc normam examinare poterit. Exempla verò ficta nihil nocent: cùm in exemplis non spectetur veritas: sed sufficiat si modò apta sint ad regulam & rem de qua agitur illustrãdam. Et hæc species divisionis vel successionis in stirpes fundamentum suum habet positum in jure repræsentationis, de quo supra dixi: eique locus est tam eo casu quando plures hæredes eiusdem sunt gradus quàm quando diversorũ. Divisio *in capita* superiori contraria illa est: quando inter plures eiusdem gradus hæredes dividitur hæreditas secundùm numerum personarum, ut loquitur Imperator in *Novel. 118. c. 3. in fin.* sive ut Paul. ait *sententiarum* quando pro numero singulorum viritim distribuitur hæreditas. Ita namq; legendum *eo loco Pauli tit. 16. de successionibus legit. in libello Licinii Rufini, quo confertur Lex Mosaicacũ jure civili Romanorum*: non autem *Marium*, ut vult Hotomannus *illustr. quæst. 14.* Inde autem sic dicitur, quia tantum respicit numerum capitum, id est, personarum, nullâ habita ratione stirpis, unde illæ personæ descendant. Videatur §. *hoc etiam addendum. Instit. de leg. agnat. success. & ibi Dd.* Germani vocant, In die Häupter theilen: Item, so viel mundt, so viel pfundt: quasi dicatur, *quot ora seu capita sunt, tot fiant libræ seu partes*: sive, *quot sunt personæ tot portiones sunt*: ut loquitur Cajus *lib 3. Institut.* cuius fragmentum refert idem Licinius *d. t. 16.* sive denique quando unus tantundem accipit, quantum alter vel reliqui eiusdem gradus. Videatur Johan. Schneidewinus *ad tit. Inst. de heredit. quæ ab intest. defer. sub rubrica, de successione filiorum naturalium & legitimorum simul. n. 13.* Item Valent. Forsterus *l. b 3. de success. c. 34.* ubi eleganter ex Cicerone *libr. 5. de Finibus.* reddit rationem appellationis, cur prior successio dicatur in stirpes.

9. Fit etiam † subinde in materia successionis ab intestato mentio graduum: ut cùm dicimus; Cognatos à latere, qui sunt post fratres & fratrum filios vocari ad hæreditatem secundum uniuscuiusque gradus prærogativam: ut vicin-

iores.

niores gradu reliquis præponantur, & plures eiusdem gradus simul admittantur. *Novel.118.cap.3. §. si verò*: vel quodidem est, ex collateralibus, qui sunt ultra fratrum filios, id est, ultra quartum gradum in successione præferri eos, qui sunt gradu proximiores, & excludere remotiores: Item, pares in gradu pariter admitti. *Authent. post fratres.2.C.de legit.hered §.hoc etiam addendum. vers.his etenim.& vers.si plures. Instit. de legit.agnat.succeſſ.l.2 §.4. legitima hæreditas. ff. de suis. & legit.l.1.§.proximus.& § seq.junctto § gradatim.ff.unde cognati.* Afferenda igitur huc cognitio de gradibus, quo pacto illi computandi sint: Aliàs enim nunquã scimus quis sit proximior vel quis remotior in gradu, & cui proinde successio defuncti debeatur, vel nõ debeatur; qui sint pares gradu, vel nõ sint unde Paul. *in l.10.ff. de gradibus* ait: *Iurisconsultum noſſe debere cognatorum gradus & affinium*: vel ut Cujac. legit, *affines*. Addit rationem, *quia leges hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire consuêrunt*. Item, *qu a Prætor bonorum possessionem edicto det proximo cuique*: ut est *in d. tit. unde cogn.* Sciendum autem diversam esse rationem supputandi gradus Jure Civili & Jure Canonico. Quæ de re latiùs dixi *in tractatu differentiarum juris*. v g. fratres Jure Civili sunt in secundo gradu, & fratrum filii in tertio, *§. secundo gradu Instit. de gradu cognat.* Sed Jure Canonico semper contrahuntur gradus sive angustantur, idque ex præsuppositofalso, quodalibi refutatur: ut videre licet apud Hotomannum & Johan Borcholten *in comment. de gradib.* Præterea alias regulas supputandi gradus habent Canonistæ in lineâ ascendentium, alias in linea descendentium. Sed Juris Civilis compendiaria & expeditissima est ratio & supputandi gradus secundùm generationes: quia semper generata persona adjcit gradum: ut loquitur Imperator: Cui consequens est, ut quot sint generationes tot sint gradus. Sed hoc discrimen utriusque Juris nihil nos remorari debet Nam & ipsi fatentur Canonistæ graduum computationem secundùm Jus Pontificium nõ habere locum nisi in causis matrimonialibus: in causis verò successionum ab intestato sequendum esse Jus Civile. Videatur Ferrariensis *in formâ libelli quo petitur hæreditas ab intestato delata*. & ibi additio *ad eundem*.

Est & hoc observandum, interdum nos abuti, vulgariter loquendo, vocabulo *gradus*: cùm potiùs dicendus esset ordo succedendi. Nam, † ut hoc quoq; 10
sciatur, ordines succedentium alii sunt ex jure Pandectarum & Codicis & Institutionum: alii verò ex jure Novellarum. Nam ex jure veteri tres isti erant ordines, 1. suorum & illorum, qui inter suos vocantur. 2. Legitimorum, in quo sunt consanguinei, agnati & cæteri, qui ex Senatusconsultis & Constitutionibus Principum ad hæreditatem vocantur. 3. est cognatorum, quos admisit, Prætor cum essent Jure Civili incogniti. Quæ omnia latiùs explicantur *in libro 3. Instit. per aliquot tit.* Sed eâ subtilitate hodiè non ampliùs est opus, posteaquam Imperator in Novellis tres potissimùm ordines esse voluit succedentium ab intestato: nempe 1. ordinem descendentium sive liberorum, qualescunque illi sint, dummodò ne sint spurii, aut incestuosi, aut ex complexu aliquo damnato suscepti. 2. voluit esse ordinem ascendentium, & tertio collateralium, sive ex transversâ cognatione junctorum. De quibus deinceps

inceps distinctè agemus, addituri, & si qui præterea sunt alii extra hos tres ordines quibus aliquando successio legitima defertur. Sed ante omnia præmittendum videtur etiam Catalogus præcipuorum Auctorum, qui de hoc argumento scripserunt, quod faciam *capite proximo*.

Observetur tamen priùs una & altera regula generalis de successionibus ab
11 intestato, quarum similes etiam aliæ ab unoquoq; addi possunt: ut † 1. Jura successionum ab intestato debere esse reciproca: ut notat præter alios Paulus Castrensis *ad l. 11. si ab eo, & l pen. in pr.* per illos textus *C. de legit. hered.* & Cujacius *ad Novel. 18. pag. 139.* Hoc est, qui mihi succederet, si priùs mortuus essem, quàm ipse, eidem & ego succedere debeo ante me defuncto: & contrà, cui ego
12 non succederem, is nec mihi succedere debet. 2. † Successio omnis fieri debet gradatim, non per saltus. *l. 1 §. pen. gradatim. ff. unde cognati. An. Alus cons. 100 n. 4. & Ernest. Cothman. cons. 26. n. 89. lib. 1.* Quæ regula etiam in Jure Feudorum ob-
13 tinet. His † addamus etiam tertiam observationem: videlicet, quòd successio in fideicommissis reguletur secundùm naturam & ordinem succedendi ab intestato. Parisius *cons. 51. n. 16. & n. 23. vol. 2.* Et Michael Grassis *in §. fideicommissum. q. 19. n. 3.* per *l. 69. peto. §. 3. ff. de leg. 2.* quod & *supra* recordor me admonuisse *parte sexta*, ubi de restitutione fideicommissorum.

CAPUT III.

In quo est Catalogus plerorumque omnium, qui de successione ab intestato scripserunt.

SUMMARIA.

1 *Commendatio huius capitis.*
2 *Materia successionis ab intestato plurimos & nobilissimos interpretes nacta.*
3 *Catalogus interpretum.*

---

1 PLurimùm † refert in omnibus Juris partibus, scire, quænam sint celebriores Scriptores, qui de eo, quod præ manibus habeas, fuerint commentati: idque ideò, ut ad eos recurrere possis, & ab ipsis petere consilium aut decisionem, in illâ quæ fortè inciderit quæstione aut controversiâ. Nam ita comparatum est, ut non omnes, quæ de aliqua re incidunt controversiæ, possint ex jure Justinianeo decidi; sed opus sit etiam aliis Interpretibus & commentatoribus, præsertim talibus qui in usu vitæ civilis versati, & experientiâ optimâ rerum Magistrâ, edocti sensus habeant exercitatos, (ut loquar cum Paulo) & observârint atque annotârint ad suos patiter aliorumque usus, quid potissimùm nostris moribus receptum sit, & ubi maximè nodus sit vindice dignus. Hoc igitur consilio, sub isto capite, proponam Catalogum illorum, qui de argumento, in quo explicando versamur, aliquid scriptis suis mandârunt &
2 ad posteritatem transmiserunt. Apparebit † autem ex hac Nomenclatura, vix ullam esse partem Juris nostri, quæ plures ac nobiliores nacta sit Interpretes; quod ipsum quoque non parum facere videtur, ad huius materiæ commenda-

mendationem. Nisi enim doctissimi illi viri utilitatem & difficultatem in hac parte juris magnam agnovissent, non tam frequentes certè ad eius illustrationem se contulissent. Sunt † autem quos ego aut legi, aut cognovi, Autores isti:

I. Cardinalis Hostiensis *in Summa tituli, de successionibus ab intestato in Decretalibus.* Dum autem Hostiensem nomino, simul eum comprehensos volo alios, qui similem laborem in Jure Canonico ad illum titulum impenderunt.

II. Johannes Petrus de Ferrariis, qui vulgò dicitur *Ferrariensis Practicus:* Item *Practicus Papiensis: in forma libelli quo petitur hereditas ab intestato delata.*

III. Nicolaus de Ubaldis tractatum scripsit de successionibus ab intestato.

IV. Matheſilanus: ad quem additiones scripsit Ludovicus Bologninus.

V. Masuerius, *in Praxi, titul. de successionibus.*

VI. Bartholomeus Chassaneus *in commentar. ad consuetudines Burgundiæ, rubrica 7.*

VII. Maturinus Montanus; *de heredibus ab intestato venientibus.*

VIII. Johan. Oldendorpius *in tractatu quem fecit ad XII. tabulas, tit. 6. p. 155. & seqq. in editione Lugdunensi.* Epitomen inseruit successionis ab intestato: quæ etiam relata est in Tractatum Tractatuum *initio volum. 6.*

IX. Didacus Covarruvias Archiepiscopus Hispanus etiam Epitomen scripsit successionis ab intestato.

X. Gulielmus Ranchinus, de successionibus ab intestato ipse quoque tractatum edidit.

XI. Michaël Grassus *in receptis sententiis* scripsit paragraphum successionis ab intestato.

XII. Hartmannus Hartmanni ab Eppingen *in observationibus practicis sub titulo 43.* hac de re totas habet sedecim observationes.

XIII. Videatur & Nicol. Vigelius *in Methodo Iuris Civilis, & Iuris controversi,* de successionibus.

XIV. Andr Fachinæus insigniores aliquot huius materiæ quæstiones, per plura capita tractat, *initio lib. 6. controvers. Iuris.*

XV. Anton. Gabrielius Romanus *lib. 5. communium conclusionum.*

XVI. His accedat Anton Contius *libro singulari de hereditatibus ab intestato.*

XVII. Johan. Paponius, *in Arrestis Parlamenti Parisiensis.*

XVIII. Ambrosius Schüterius plurimas res judicatas à Collegiis Scabinorum Lipsensium & Wittenbergensium, & differentias Juris Civilis & Saxonici circa successiones legitimas *in suo tractatu* diligentissimè collegit.

XIX. Adjungendi sunt autores differentiarum Juris Civilis & Saxonici, Ludovicus Fachsius Consul Lipsensis, & Reinhardus Cancellarius Comitum Schwartzburgicorum.

XX. Johan Schneidewein *initio lib. 3. Institut.* diligentissimè quoque argumentum nostrum pertractavit per aliquot rubricas.

XXI. Hugo Donellus, *in Commentariis Iuris Civilis.*

XXII. Herman. Vultejus, *in Iurisprudentia Romana*: cum quo conjungi potest Althusius.

Digitized by Google

XXIII. Hieronymus Treutlerus *vol.2 Disput.16* ut nihil nunc dicam de aliis Disputationum seu thesium auctoribus, qui sunt hac tempestate longè plurimi. Sed multorum instar esse Treutlerus poterit: quo, ut alias quoque dixi, licebit uti vel pro locis communibus universi ferè juris, vel pro remissionibus quibusdam.

XXIV. Johan. Borcholten *Commentario suo de gradibus* subjecit etiam hujus doctrinæ de successionibus compendiariam comprehensionem, cùm vellet, monitu Pauli Jurisconsulti, usum ostendere doctrinæ de gradibus.

XXV. Copiosissimè Valentin. Forsterus Borcholti successor in Academiâ Juliâ, totis novem libris de successionibus scripsit.

XXVI. His adde etiam Petrum Tholosanum, cuius *in Syntagmate Iuris universi* totus liber 45. in successionibus ab intestato consumitur. In hoc autore illud singulare est, quod pro variâ suâ & multiplici lectione cum Jure Romano aliarum quoque gentium & variorum populorum instituta & mores, diligenter confert totis sedecim capitibus.

XXVII. Omnes ferè, qui de feudis scripserunt, quorum etiam ingens est numerus de successione ab intestato scripserunt ubertimè. Nam cùm in feudis regulariter tantùm ab intestato succedatur, & alia quoq; multa singularia sint in eo jure, quoad hanc successionis materiam: aliter facere non potuerunt feudorum Interpretes quàm ut semel etiam Jus Civile attingerent, quò meliùs scilicet illæ differentiæ intelligerentur.

XXVIII. Non sunt etiam prætereunda silentio statuta variorum locorũ, maximè in Germania. (Nam de Gallorum statutis parùm ad nos attinet, quæ tamen enumerat Petr. Gregorius Tholosanus *initio libr. 45. Syntagmatis sui*) ex quibus nunc potissimùm ista succurrunt: Electoris Palatini Constitutionum pars quarta: Statuta Ducatus Wirtenbergensis: Reformatio Reipublicæ Noribergensis Statuta Reipub Lubecensis: denique statuta Luneburgensia, quæ Commentario illustravit Hartwigus à Dalsel Jurisconsultus. Plura recensentur statuta ab Andrea Perneder *in Germanicâ translatione Institutionum Iuris*, & à Noa Meurero

Omitto nunc illos, qui vel in Novellas, vel in Authenticas Codicis, vel in Institutiones scripserunt, aut olim, aut nostrâ, vel Patrum memoriâ. Omitto quoque Scriptores vel autores Consiliorum & Decisionum, & Quæstionum, qui etiam extant satis copiosi. Eorum autem ferè nemo est, qui non multa de legitimis quoque successionibus memorabilia afferat, quorum quædam *infrà* suo loco attingam: de cæteris videri possunt ipsorum Indices, in verb *successio, heres, & intestatus, &c.* Potest autem hic Catalogus noster præstantissimorũ scriptorũ unoquoq; privata diligentia & indagatione facilè pluriũ accessione augeri: quã̃q̃ hi ipsi tã sũt multi, ut mediocrẽ bibliothecã ex ipsis instruere liceat.

His adde: 1. Vasquius scripsit integrũ volumẽ novẽ libris cõprehensum de successionib. 2. habet etiã aliqua huc pertinẽtia Samson Herzog/von Testamenten/ꝛc. 3. Melchior Kling *initio lib. 3. Inst.* ubi etiã de Jure successionũ ex jure Civili & Sax. tractat. 4. huc pertinet cap. 9. Nicol. Vallæ *de reb. dubiis. mihi pag 89.* 5. cap.

Digitized by Google

5. cap 59. par. 2. ex Methodo utriusq; Juris Cont. Lagi huc scribere libet 6. videatur Catechesis Juris Civilis, Balduini, *pag. 85. cum 5. sq.* 99. 7. poteris huc referre Lexica: inprimis Calvini & Brissonii. Itē, Oeconomiā Wesemb. & Giphan.

CAPUT III.

De variis ordinibus succedentium ab intestato. Ad initium Nov. 118. & de quibusdam personis à successione ab intestato removendis.

SUMMARIA.

1 *Translatio veteris in præfatione Novella 118. reprehensa.*
2 *Gradus & ordo succedendi quid sint, & quantum differant?*
3 *Agnati & cognati non sunt tantùm in lineâ transversa, sed etiam in superiore & inferiore.*
4 *Cognatio generaliter dicta in agnationem & cognationem in specie appellatam dividitur, & quid sit utraque?*
5 *Proximitatis vocabulum generale; aliquando ad speciem restringitur.*
6 *Quare Iustinianus in Nov. 118 ascendentium ordinem primo loco nominet?*
7 *Cur Iustinianus in d. Nov. 118. tantùm tres ordines succedentiū nominet, cùm sint plures?*
8 *Affines tui succedendi ab intestato non habent.*
9 *Nec nutritores.*
10 *Nec cognati spirituales sive compatres, &c.*
11 *Nec hospites sive caupones, apud quos fortè peregrini seu viatores mortui fuerint.*

OMnis † generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus; hoc est, ascendentium, descendentium, & ex latere, quæ in agnatos cognatosq; dividitur: inquit Imperator *in præfatione Novel. 118. in fine*: ut quidem vetus interpres reddidit, satis obscurè & ambiguè; imò & impropriè, quod fontes adeunti satis apparebit. Nam 1. *omnis generis successio* ambiguè dicitur: vel enim denotat hoc *quælibet successio*: ut *omnis* sit genitivus conjungendus cum vocabulo *generis*: vel hoc significat illa formula, *omnis successio generis*: ut *omnis* sit nominativus conjungendus cum vocabulo *successio*: atq; hoc posterius præferunt verba Græca *in dictâ Novellâ*, πᾶσα ἡ τοῦ γένους διαδοχή: quibus congruūt illa paulò antè præcedentia πάσας ὁμοῦ τὰς τῆς συγγενείας διαδοχάς. Deinde non satis commodè vetus interpres dixit, *tribus gradibus* cognosci omnem successionem. Gradibus enim tribus, est τρισὶ βαθμοῖς: in Græco autem fortè est τάξεσι, quod est *ordinibus*, ut rectè vertit etiam Haloander, qui & pro verbo *cognoscitur*, maluit, *internoscitur*. Sed hoc parum refert, utrum vertas *cognoscitur*, an *internoscitur*: siquidem retineas in textu Græco γνωρίζεται. Mihi tamen Imperator videtur potiùs scripsisse χωρίζεται, quod est, *discernitur*, sive *distinguitur*: pro quo paulò pòst ponit *in eâdem Novellâ*, διαιρεῖται. Sanè multò significantius est, *omnis successio generis sive cognationis ab intestato discernitur tribus ordinibus* sive *in tres ordines dividitur*: quàm *cognoscitur tribus ordinibus* sive *gradibus*. Inter *gradus* † verò & *ordines* multum interesse suprà monui *fol. fin. cap. 1. hac part. 7.* Gradus enim est habitudo sive σχέσις & respectus mutuus earum inter se personarum, quæ cognatione se invicem attingunt: vel breviùs, est distantia propinquitatis sive cognationis. Ita enim malo definire, quàm ut Borcholtus *in tractatu de gradibus, p. 5* quod sit generatio personæ. Fateor quidē gradū oriri ex generatione, sicut etiā hoc libenter concedo, pro numero gene-

1

2

nerationum gradus quoque computari debere. Sed nego gradum esse generationem. Ordo autem sive τάξις etsi aliàs multò latiùs patet, ut in illo nobilissimo dicto Xenophontis *in Oeconomicis*, ubi laudat ordinem ab utilitate & pulchritudine: in hoc tamen successionum tractatu, nihil est aliud quàm series sive classis quædam personarũ succedentiũ. Quare multò commodius dicemus *tres ordines succedentiũ*, quàm *tres gradus*: nisi valdè abuti velimus vocabulo *gradus*, quod quidem faciendum non est, nisi cogat necessitas propter inopiam scilicet vocabulorum, quæ hîc nulla est. Fateor sanè etiam in gradibus computandis quandam esse observandam τάξιν sive ordinationem: sed hinc non sequitur, gradum & ordinem promiscuè usurpari debere aut satis commodè dici, tres esse gradus successionum, sive successedentium ab intestato. Accedit, quod in unoquoque ordine successionis multò plures sunt gradus quàm tres, v.g. est sextus cognationis gradus: est decimus agnationis gradus: §. *ult. Inst. de success. cognator.* Et quid multis opus est? Annon satis clarè ac disertè Cajus ipse discernit nobis gradum & ordinem, cum ait *in l. 1. in pr. ff. de gradib.* gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris alii ex transverso, sive à latere. Superioris ordinis sunt parentes, &c. quem locum Caij ante oculos habuisse videtur Justinianus *in d. Novel. 118.* unde simul observandum est, quod idem sit dicere, *ordinem superiorem & ordinem ascendentium*: idem, *ordinem inferiorem, & ordinem descendentium*: idem denique *ordinem ex transverso, sive à latere, & ordinem collateralium sive transversalium*, ut vulgò vocant. Imperator vocat τὰς ἐμπλαγίους, quasi dicas eos, qui ex obliquo veniunt: secundò namque ascendentium & descendentium vocatur etiam linea recta; recto autem opponitur obliquum, ut constat ex principiis Geometricis.

3 Addit † Imperator *dicto loco Novellæ*, eos qui ex latere, sive ex obliquo veniunt, dividi in agnatos & cognatos. Quæ tamen divisio non huius tertii generis propria est, sed communis illi cum prioribus duobus ordinibus. Nam & pater filiofamiliàs est agnatus, emancipato autem cognatus: & viceversa: nepos ex filiofamiliâs avo est agnatus, nepos ex filiafamiliâs est avo cognatus, &c. ut docet Cujacius *ad initium Novellæ nostræ.*

Jam qui sint agnati & qui cognati, quæque inter hos differentiæ fuerint jure veteri repetendum & ex *titulo Institut. de legit. agnat. success.* & ex *tit. de legit. agnat. tut. in pr.* junctâ *l. 4. non facile. § cognationis. & l. 10. Iurisconsultus. ff. de gradibus. & l. pen. ff. unde legitimi*, cum similibus. In summâ, † *cognatio* aliquando est nomen generis, & significat omnes propinquos aliquando speciei, & significat naturalem cognationem: quæ & *proximitas* sæpissimè in legibus nostris appellatur: cui opponitur cognatio civilis, quæ proprio nomine dicta est *agnatio*, videlicet ea, quæ per mares contingit. Species autem agnationis erat illa, quæ *consanguinitas* dicebatur. *l. 3. C de legit. hered. l. 4. ff. unde cognati. & §. vulgò quæsiti. Inst. de success. cognat.* Sic patruus meus est mihi agnatus, quia per patrem cognatione mihi jungitur. avunculus autẽ est mihi cognatus, in specie dictus, quia per matrẽ mihi est propinquitate conjunctus. *d. l. pen. ff. unde legitimi.* Unde jure veteri patruo tutela legitima deferebatur, non avunculo; quia lex XII tabularum

bularum, quæ tutelam legitimam introduxit, agnatum proximum vocabat, non cognatum *l.1 C. de legit. tutel.* ſicut etiam ad inteſtati ſucceſſionem qui veniebant jure agnationis habebantur potiores illis, qui proximitatis, id eſt, cognationis jure veniebant: idque Imperatores certum eſſe ajunt *in l. 5. C. de legit. hæred.* Ideo videlicet certum, quia ſic conſtituerat lex XII. tabb. de qua alibi plura dicam. Sed Juſtinianus totum hoc vetus diſcrimen, quod erat inter jus agnaticum & cognaticum, ſuſtulit, tàm quoad tutelas, quàm quoad ſucceſſiones *d. Nov. 118. c. 4. & 5.* unde ſumpta eſt *Auth. ſicut hæreditas, C. de legit. tut.* Quod autem dixi, † proximitatem ſæpè inveniri poſitam pro cognatione naturali, ſeu in ſpecie dictâ; id probatur his locis *l. 3 & l. 4. ff unde cognati. §. 1. & §. vulgò. & §. ult. Inſtit. de ſucceſſion. cognator. l. 1 & l. 5. C. de legit. hæred.* & ſæpè alibi: quod non fruſtra moneo. Nam & proximitatis nomen, quantumvis aliàs generale, ſæpè ſic reſtringitur ad ſpeciem, perindè ut & cognationis. f

Atq; hæc primum in genere de tribus illis ſuccedentium ordinibus ſive claſſibus dicta ſunt: qui ordines deinceps per aliquot capita ſeparatim perluſtrandi erunt: ut tantò pleniùs cognaſcamus, quodnam ſingulorum jus ſit in ſucceſſione inteſtati.

Nunc priusquam ad alia pergam, † illud primum quæri poſſe video *ad ſuperiorem Juſtiniani locum in Novella 118.* quare primum nominet aſcendentium ordinem cui tamen præferri deſcendentes conſtat. Ratio illa mihi eſſe videtur, quia ſine aſcendentibus non eſſent deſcendentes. Itaque illi naturæ ætatisque ordine ſunt priores quod & Imperator indicat *in §. minorem Inſtit. de adoption.* licet ratione juris ſuccedendi ſint poſteriores. Et ratione ordinis naturalis inſpectâ meritò Imperator aſcendentes primo loco poſuit: ſecutus hac in re veſtigia Caij ſui, qui & ipſe priùs nominat ſuperiorem ordinem, quàm inferiorem, *in l. 1. ff. de gradibus.* 6

Secundò † quæri poteſt, annon ſint plures ordines ſuccedentium? Et reperio, præter deſcendentes, aſcendentes & collaterales, etiam alios qui ſuccedant: ut ſuccedunt ſibi invicem vir & uxor: ſuccedit liberto patronus, quem ſucceſſorem reverentialem vocat Ferrarienſis, *d. loco*: ſuccedit fiſcus: ſuccedit etiam aliquando Eccleſia, ut infrà docebitur. Cur ergò, inquies, Imperator hos omiſit, & tres tantum ordines recenſuit? Ratio hæc eſt: 1. quia in his reliquis, quos nominavi poſt deſcendentes, aſcendentes & collaterales, nihil ferè conſtituit novum, ſed eorum ſucceſſionem reliquit talem, qualis erat anteà: niſi quod de Eccleſiæ ſucceſſione quædam conſtituit aliis Novellarum locis. 2. Accedit, quod voluerit Imperator eorum potiſſimùm nominare ordines, quibus jure ſanguinis, ſive naturalis neceſſitudinis hæreditas debetur ac defertur: tales autem nulli reperiuntur extra hos tres ordines. 7

De quibus poſt hac diſtinctè explicandum eſt: ubi priùs à ſucceſſione removerimus quosdam, quibus ea deberi videbatur. Tales † ſunt 1. affines. Etſi enim affinitas interdum affert impedimentum nuptiis, ut docetur *§ affinitatis. Inſtit. de nupt.* tamen ad ſuccedendum nihil juvat. *l. 3. & l. 7. C. communia de ſucceſſion. Affinitatis jure*, inquiunt Imperatores, *nulla ſucceſſio permittitur*, ver- 8

bi gratia, vitricus privigno, & contra, non succedit ab intestato, quia inter ipsos non est naturalis cognatio nullumque sanguinis vinculum, sed affinitas tantum. Intelligenda est autem *in d. l. 7.* successio ab intestato illa, inquam nullo permittitur jure sive ratione affinitatis. Ex testamento autem quin affinis possit affini succedere, nihil prohibet: quia etiam quilibet extraneus hæres instituí potest. 9 II. † removendi quoque sunt à successione intestati nutritores, qui alumnam aliquam educarunt. *l. 10 nutritoribus. C. communia de succes.* ubi ratio dubitandi illa esse poterat, quia nutritor sit parentis loco suæ alumnæ, eamque in locum filiæ adoptasse censeatur. Sed adoptio cum sit facti, non præsumitur nisi reverà intervenerit: sanguinis verò conjunctionem ullam inter alumnam & nutritorem esse, quæ sit orta ex ipsâ educatione, nimis quàm manifestum est. 10 III. † removendi præterea sunt à successione intestati cognati spirituales, quos vocant Canonistæ, *t. t. Decretal. de cognatione spirituali libro 4.* (adhibendus Cujacius *in recitationibus ibid.*) ut sint, susceptus vel suscepta ex sacrosancto Baptismo, & qui eum eámve suscepit. Inter has quidem personas prohibetur matrimonium etiam Jure Civili *l. 26 si quis alumnam. vers. ea videlicet, C. de nupt.* ubi latè Johan Faber *in Breviario Cod.* Nam plures etiam hujus cognationis gradus Canonistæ excogitârunt: de quibus in Jure Civili nihil extat. Sed jura successionis ab intestato per talem necessitudinem non introducuntur, ut ipsimet fatentur *ad cap. transmissæ. extra. qui filii sint legit.* Videatur Fotterus *l. 7 c. 19 n. 5.* Atque hoc est quod ait glossa Juris Saxonici, Eydwägerschafft vnd Gevatterschafft hindern am ehlichen Erben / fördern aber nichts zum Erbe: quod dictum refert etiam Schneidewinus *in libr. 3. Instit. sub rubr. de success. filior. spirit. n. 4.* ubi etiam testatur cognationis illius fictitiæ parvam duci rationem in Ecclesiis Reformatis. Volunt tamen Interpretes, patrinum, (id est, compatrem) debere susceptum suum alere, & viceversâ Johan Faber *in Breviario Codic. ad l. 1. tit. de alend. liber. à parentib. &c.* Post Baldum, quem tamen non allegat *in Authent. nisi rogati, C. ad SC. Trebell.* & ait Faber, quia fortius sit vinculum spirituale, quàm temporale. Sed vinculum illud spirituale omnes inter se Christianos & fidei consortes complectitur: & hominem beneficio afficere interest hominis, dicebat etiam Ethnicus Papinianus, *l. 7. ff. de serv. export.* 11 IV. † Arcendi sunt à successione etiâ hospites sive caupones apud quos fortè peregrini seu viatores mortui fuerint, *Authent. omnes peregrini. C. communia de successionum.* quæ sumpta est non ut aliæ, ex *Novellis nostris*, sed ex *constitutione Friderici Secundi* (nepos Friderici illius I.) *de statutis & consuetudinibus: post duos libros Feudorum:* eamque constitutionem Imperatoris etiam Pontifex Honorius III. subscriptione suâ comprobavit. Inualuerat quidem nonnullis in locis hic mos, ut hospites talium bona sibi vindicarent, exclusis propinquis defuncti: sed hoc tanquam absurdum atque irrationabile prohibet Imperator Fridericus pœnâ tripli constitutâ in tales hospites; & ut sint Intestabiles hoc est ut ipsi de suis bonis nihil in ultima voluntate disponere possint: idq; ideò, ut in quo deliquerunt, in eo & puniantur; tertiò, ut etiam arbitrariâ pœnâ afficiantur.

CAP.

CAP. IV.

De primo ordine succedentium ab intestato, videlicet, Descendentium.

SUMMARIA.

1 *Descendentium pro Liberis appellatio est metaphorica.*
2 *Graduum appellatio in hac materiâ etiam metaphorica est.*
3 *Regula, de successione liberorum seu descendentium.*
4 *Rationes huius regulæ.*
5 *Alio modo succedebant liberi iure veteri, alio ex Novellis Iustiniani succedunt.*
6 *Si una tantum persona sit in ordine descendentis, res est planissima*
7 *Sin plures, distinguendum est.*
8 *Si plures illi descendentes, sint omnes primi gradus: quid iuris?*
9 *Discrimen inter tria genera fratrum & sororum.*
10 *Discrimen inter bona quædam quæ vel filii vel filiæ capiũt præcipua ante divisionem, moribus aut statutis quorundam locorum.*
11 *In bonis feudalibus non servanda inter liberos æqualitas: sed masculi fœminas excludunt*
12 *Primogenitura ius æqualitati divisionis inter liberos derogat.*
13 *Si ex pluribus descendentibus alii sint primi gradus, alii ulteriores: quid iuris?*
14 *§ Sui autem vers. ad ultimum Instit. de her. quæ ab intest. defer. ius repræsentationis non excludit*
15 *Si descendentes omnes sint ulteriorîs gradus quam primi: quid iuris?*
16 *Repræsentationis ius ultra pronepotes non extendi perperam tradunt quidam.*
17 *De nepote concepto & nato post mortem avi, remissivè.*
18 *Differentia inter suos & emancipatos liberos sublata, in successionibus.*
19 *Manet tamen inter eosdem adhuc differentia duplex.*

DEscendentes, † qui ab Imperatore & Theophilo, aliisque Græcis, 1
κατιόντες dicuntur, hîc metaphoricè vocantur liberi, & quidem omnes in infinitum *l. 220. liberorum in verb. cæteri, qui ex his descendunt & ibi Dd. ff. de V. S. l. ult. C. de V. S.* Forster. *l. 4. c. 1. n. 4. 5. & 6.* Dixi Metaphoricam esse hanc significationem, quia propriè descendentes sunt, qui ex altiore loco in inferiorem se demittunt, præsertim si id fiat per gradus quosdam. Nam & † graduum ipsorum appellatio in hac materia est Metaphorica, teste 2
Paulo *in l. 10. Iurisconsultus § 10. gradus autem ff. de grad. bus.* Hinc ex contrario qui nam sint ascendentes, nempè parentes, satis intelligitur.

Regula † itaque de hoc ordine hæc esto: si quis intestatò mortuus fuerit, 3
& de successione ejus quæratur: prima causa est descendentium, hoc est liberorum ejus. His enim existentibus alii propinqui omnes & ascendentes & collaterales à defuncti hæreditate excluduntur. *Nov. 118. c. 1.* Idque verum est etiãsi quis in ordine descendentium fuerit gradu remotior, & alii in aliis ordinibus longè propiores defuncto. Nam ne tunc quidem, qui ex transversâ lineâ veniunt potiores haberi debent his, qui recto jure, id est in lineâ rectâ descendũt, *§. ult. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. ult. C. de suis & legit. & §. repetitis. Instit. de gradibus* (aliâs est titulus *de servili cognatione.*) Rationes † autem cur liberi po- 4
tiùs seu descendentes ad successionem defuncti ab intestato admittantur, quàm

parentes

parentes ſive aſcendentes, petantur ex *l.15.nam etſi ff.de inoffic.teſtam.* & *l.7.ſcripto.ff.unde liberi*, & *l.7.cùm ratio.ff.de bon.damnat.* junctа *l.11.in ſuis.ff.de liber.& poſthum.* item *l.14.in ſuis, ff.de ſuis & legit.* & *l.50.nihil intereſt ff.de bon.libert. Nov 1. § primùm itaque.* & *Nov.18.§.1.* quæ rationes & explicantur à Petro Gregorio Tholoſano *libro 45.in ſyntagmate juris univerſi cap.2.num.12 & duob.ſeqq* Hinc & Pauli Apoſtoli illud eſt oraculum: *ſi filii, Ergo & hæredes*: in *Epiſtola ad Galatas, & alibi.*

5 Sed † alio modo ſuccedebant liberi ſive deſcendentes parentibus, Jure Pandectarum & Codicis, aliter verò jure noviſſimo ſive ex Novellis hodiè ſuccedunt Hiſtoriæ hujus juris progreſſum & mutationes crebras, qui videre cupit, is præ cæteris conſulere poteſt Hotomannum *ad Inſtit.* & P. Gregorium *d. c.2.* Nobis hîc ſatis eſt, ad explicandum jus noviſſimum, ſi ſciamus nihil intereſſe utrum liberi ſint ſui, ſive in poteſtate parentum, ſive emãcipati: nihil quoque intereſſe, ſintne maſculi an fœminæ, an per maſculos deſcendant, an per fœminas (nihil intereſſe, inquam, quo ad ſucceſſionem in bona allodialia: Nam ſucceſſionis feudalis alia eſt ratio, de qua explicatur in doctrina Feudali) item nihil intereſſe, an ſint primi gradus an ulteriorum; an cognati ſint defuncto, an agnati: quæ omnia longè aliter ſe habebant olim, ut copiosè exponitur *initio lib.3.Inſtit.* ſed hodie ut dixi, liberi omnes ad hæreditatem inteſtati patris: vel matris vocantur atque admittuntur: & parentibus defuncti præferuntur multoque magis illis, qui ex latere veniunt: cum diſtinctione tamen inter liberos, de qua infrà *capite ſequenti* dicetur.

Notandum autem eſt circa hunc primum ordînem, quod aut unus tantum
6 extet aut plures. Si † unus tantum ſit in ordine deſcendenti res eſt planiſſima. Nam hic ſolus ſuccedet defuncto, excluſis omnibus tàm aſcendentibus, quàm collateralibus: idque etiam ſi hi quidem eſſent longè propiores gradu, ipſe verò remotior, ut ſuprà quoque monui. Magis enim attendendum eſt in quo ordine quisque ſit collocatus, quàm in quo gradu: & qui eſt in ordine recto deſcendentium, ejus conditio eſt potior quàm reliquorum ordinum, etiam ſi gradu eſſet remotior.
7 Sin † autem plures ſint deſcendentes, hi vel omnes ſunt primi gradus, vel cum liberis primi gradus concurrunt etiam illi, qui ſunt ulteriorum graduum liberi vel denique omnes ſunt ulterioris, quàm primi gradus De quibus ſingulis quid juris ſit, videamus.

8 1. Si † plures deſcendentes omnes ſint primi gradus liberi, id eſt, filii & filiæ tunc omnes æqualiter, id eſt in capita ſuccedunt. *d. Nov.118 c.1. & Auth. in*
9 *ſucceſſione. C. de ſuis & legit* Forſterus *lib.4.de ſucceſſion. c.13. n.1.* Eſt † tamen in his illud etiam attendendum, ſintnè omnes primi gradus liberi ex utroque parente conjuncti: id eſt, germani fratres & ſorores: an tantùm habeant patrem unum & communem diverſas verò matres, qui vocãtur conſanguinei fratres: an contrà, tantum matrem unam atque communem habeant, diverſos verò patres qui dicuntur fratres uterini (& ſorores uterinæ) propter ſolam videlicet ejusdem uteri ſocietatem. Diſcrimen enim quo ad ſucceſſionis jura inter hæc tria fratrum genera tale eſt, ut 1. fratres germani, quos dicimus Geſchwiſtert von.

von voller Geburt oder von beyden Banden/ utriq; parenti æqualiter succedant: 2. consanguinei in bonis paternis æqualiter: in maternis bonis quilibet seorsim suæ matri. 3. uterini verò in bonis maternis æqualiter, in paternis quilibet seorsim suo patri. Videatur Ferrariensis *in formalibelli pro hæreditate ab intestato delata*: & Michaël Grassus *in § successio ab intestato. q 17. n. 12. & 3.* Valentin. Forsterus *d. l 4 c. 16.* & Ambros. Schürerus *de successionibus tit. 8. ampliatione 12.* In summa, in liberis diversorum matrimoniorum ita jus est, ut quisque sui parentis, donationem propter nuptias, vel dotem habeat præcipuam in reliquis æqualiter succedant videatur & *l. 4. ubi Dd. C. de secund nupt.* Hoc ergò primò notandũ discrimen inter tria genera fratrum & sororum: ex quibus optimæ sunt conditiones, qui ex utroque parente conjuncti sunt. Deinde † est etiam notandum 10
discrimen inter bona quædam quæ vel filii, vel filiæ capiunt præcipua, ante divisionem moribus vel statutis plerorumque locorum. Nam filii quidem præcipua habent omnia patris arma, & tela, & vestes paternas, & libros, qui quidem non pertinent ad negociationem (Was nit Handelsbücher seindt Hi enim sunt communes filiis & filiabus.) filiæ verò præcipiunt vestes maternas, tunicas, vittas & alia quæcunque sunt mundi muliebris de quibus filii nihil participant: ut neque filiæ de vestibus paternis & armis, telis, ac libris: quod etiam statuta Norica comprobant *l. 2. tit 34. Reformationis.* Tertiò † præterea in hac 11
regula, de æqualitate inter liberos servanda, notandum, eam habere locum in bonis allodialibus sive patrimonialibus (In eigenthumbs Gütern. Nam in feudalibus masculi excludunt fœminas, nisi feudum sit improprium & ejusmodi ad quod etiam fœminæ admittãtur: ubi tamen hæc observetur limitatio quod si filiæ non possint aliundè dotari, dos ipsis constituenda sit à fratribus ex fructibus feudalibus: quæ de re dixi *in partitione Feudali*. & videatur Herman. Vulteius *de Feudis.* Quartò † præterea observandum quod dixi, liberos æqualiter & 12
in capita succedere, id hanc quoque pati exceptionem, nisi alicubi receptum sit jus primogenituræ. Ibi enim inæqualis est successio: dum scilicet primogenitus solus succedit, & fratribus ac sororibus natu minoribus aliquid tantum quasi aspergit loco alimentorum, vel dotis: de quo jure primogeniorum videri potest Tiraquellus, & Petr. Gregorius *in syntagmate juris universi lib. 45.* itẽ Forsterus *aliquot locis sui tractatus de successionibus.* Atque hæc de primo casu, id est, quando liberi sive descendentes plures, omnes sunt primi gradus tantum.

Sequitur † alter casus, nempe, si ex descendentibus alii sint primi gradus, 13
alii ulterioris, ut accidit, quando cum filiis & filiabus defuncti concurrunt nepotes & neptes ex filio vel filia prædefuncto vel prædefuncta: itemque si quis ex ulterioribus gradibus, ut pronepos, vel proneptis, &c. hîc ita jus est: ut filii filiæve, verbi gratia, non excludant nepotes neptésve, neque pronepotes vel proneptes sed hi quamvis remotiores cum illis, licet proximioribus defuncto ad successionem simul admittantur: & ut fiat successio sive divisio in stirpes. Cujus ratio est, quia posteriores per repræsentationem in priorũ locum intrãt. *§. cum filius. Inst. de hær. quæ ab intest. defer. & Nov. 118. c. 1* junctâ *Auth. in successione* in verb. *nepotes & ulteriores in stirpes. C. de suis & legit.* Videatur & Valent. Forste-

ſterus *lib.4.c.14.concluſione 1.& c.21.concluſione 1.* Item Gomezius *tomo 1.variar.reſolut.c.1.in fine.* Guliel. Ranchinus *de ſucceſſ.ab inteſt.§.3.n.8.* & Peregrinus *in tractatu de fideicommiſſis,art.21.* Nec obſtat his, † *§.ſui autem. verſ. Ita demum Inſtit.tit.de hær.quæ ab inteſt.* ubi prior in gradu videtur excludere poſteriorem vel remotiorem, puta, filius nepotem & pronepotem. Id enim non pertinet ad noſtram quæſtionem vel regulam: ſed ibi tantùm exponitur quis ſit ſuorum heredum numero, vel non ſit: & tunc dicitur nepos eſſe avo ſui hæredis loco, & pronepos proavo, quãdo intermedia perſona deſiit eſſe in poteſtate patria vel morte, vel emancipatione. Quamdiu verò filius eſt in poteſtate, non poteſt nepos avo ſuus eſſe hæres: & quamdiu in patriâ poteſtate eſt nepos, non poteſt pronepos proavo ſuus eſſe hæres. Nos autem hic agimus de jure repræſentandi, quo ulteriores cum proximioribus admittuntur ad ſucceſſionem: ulteriores, inquam, qui in locum prædefunctorum parentum ſuorum ſubintrant, eosq; repræſentant, ad hunc effectum, ut tantum accipiant, quantum illi erant habituri ſi vixiſſent.

14

15 Tertiò † ſi deſcendentes omnes ſint ulterioris gradus quàm primi, tunc etiam omnes ſuccedunt in ſtirpes: idque ſimiliter procedit in infinitum, ſive ſint in gradu pari ſive in diſpari conſtituti. Qua de re videatur Forſterus *lib.4.c.15* & Borcholten *in tract.de gradib.p.180.& ſeqq.* ubi aliquot ponit exempla. Re-

16 futat † autem ibidem etiam errorem quorundam, qui putabant repræſentationem non extendi ultra pronepotes: decepti eo, quòd Imperator *in §.cum filius.Inſtit.de hæred.quæ ab inteſtato* tantùm nominat nepotes & pronepotes: ſed animadvertere debuerant, exempla non reſtringere regulam.

17 Quæritur † hic de nepote concepto & nato poſt mortem avi, an is quoque ad hereditatem avi vocetur. De hoc videatur diſtinctio Bartoli, Cyni, & aliorũ *ad Auth. Itaq; mortuo. C.communia de ſucceſſion.* & Ferrarienſis *in d formula pro hæreditate ab inteſtato* & Treutlerus *hæſi.lo.G.& 11.diſput.16.vol.2.*

18 Poſtremò † notandum, ſublatam eſſe differentiam inter liberos ſuos, id eſt, qui ſunt in poteſtate patriâ & inter emãcipatos, qui ex poteſtate, ſive ſacris paternis exierunt. Æquè enim hi atq; illi parentibus ſuccedunt. Videatur Viglius *ad §.ſed hæc quidem.n.8.Inſtit.de exhær.liber.* Forſterus *lib.4.c.13* & Schüretus *tit.8.lib.1.de ſucceſſionibus, ampliatione 7* ubi hoc in feudi etiam ſucceſſione procedere

19 ait. Veruntamen † manet etiam nunc duplex inter hos differentia: nam 1. liberi in poteſtate vocantur, (ad ſucceſſionem ſcilicet Jure Civili, ſed emancipati Jure prætorio, videlicet per bonorum poſſeſſionem; hoc enim diſcrimen Juſtinianus neq; *in Novella noſtra 118.* nec alibi unquam ſuſtulit. Unde Cujac *ad d. Nov.in pr.* Ne dixeris, inquit, *filium emancipatum ex hac Novella Iure C.ad ſuccedere. Quod ſi dixeris, & hoc dixeris filium emancipatum excludere nepotem ex eo, retentum in poteſtate; & ſublatum eſſe edictum novum de conjungendis cum emancipato liberis: quod tamen eſt falſum.* Secunda differentia in eo eſt, quod ſui, morientes, transmittunt hæreditatem etiam nondum aditam ad quoscunque hæredes: emancipati verò non niſi illam quam adierunt. *l.apud hoſtes.C.de ſuis & legit* Viglius *d.§.ſed hæc quidem.n.8.* Ant. Gomezius *tom.1.variar.reſolut.c.9.n.24.* Matheſilanus

Digitized by Google

silanus *de succeß. ab intestat. membro 10. art. 1. principali, n. 4. & 5.* & Andr. Gailius *lib 2. obsrv. 131 n. 5. 6. & 10.* Sed de liberorum Jure succedendi etiam distinctiùs & accuratiùs tractandum est, quia liberi non sunt uniusmodi. Ne autem hoc caput nimis prolixum evadat, hic interjungere præstat.

CAP. V.

De varietate liberorum: & primùm quomodo liberi naturales, tùm patri, tùm matri, ex jure novissimo succedant.

SUMMARIA.

1 *Liberi ex iustis nuptiis quæsiti.*
2 *Liberi ex concubinâ nati, sive naturales.*
3 *Liberi adoptivi.*
4 *Liberi legitimati*
5 *Liberi spurii seu vulgò quæsiti.*
6 *Liberi adulterini.*
7 *Liberi incestuosi.*
8 *Liberi ex damnato coitu nati.*
9 *Liberi alii iusti, alii iniusti.*
10 *De liberorum ex iustis nuptiis procreatorum successione remissivè.*
11 *De naturalium liberorum successione.*
12 *Naturales filii filiæve an & quatenus patri suo succedant?*
13 *Nepotes naturales an succedant avo?*
14 *Matri omnimodò succedunt liberi naturales.*

QUam varia sint liberorum genera, & superiùs attigi, *parte quartâ c. 12.* & videri potest etiam apud Ferrariensem *in forma libelli, pro hæred. ab intest. in Gloß. verb. nullisque superstitibus ex eo liberis.* Verbi gratia sunt, 1. liberi † ex justis nuptiis procreati: qui vulgò dicuntur *naturales & legitimi simul.* 1 11. sunt † liberi naturales qui & *nothi* dicuntur: ut qui ex 2 concubinâ sunt nati. Hi vulgò à Dd. docendi causa, *naturales tantùm* appellantur, idque ideo quia natura in illis sola attenditur: lex sive jus civile verò, non agnoscit. In his tria debent concurrere. 1. ut nati sint ex soluto & solutâ, cum quâ tunc temporis potuerit esse matrimonium sive cum quâ fuerit jus connubii: non fuit tamen matrimonium, quia deerat affectio maritalis, quæ sola facit, ut sit matrimonium, & ab eo separat concubinatum; ut exposui suprà *initio partis quartæ.* 2. requiritur, ut pater eorum unicam duntaxat habuerit concubinam, non plures simul. 3. ut mater concubina in domo sit retenta affectione concubinatus; quæ tria requisita ponit ac reponit Ferrariensis *d. loco*: quæ nisi concurrant, naturales non erunt liberi. Fateor equidem hæc vera esse, si inspiciamus jus Imperatoris Justiniani. *t. t. C. de natural. liber.* item *Nov. 74. & 89. & 18.* cum similibus: attamen consuetudo vitæ latiùs produxit naturalium liberorũ appellationem: ad eos etiam qui non ex concubina procreati sunt, sed ex aliâ liberâ fœminâ quam quis impotentiâ amoris victus, compressit: eosque liberos Germani vocant Liebkinder, ut constitutio Electoris Palatini *part. 4. tit. 2.* Quibusdam locis etiam vocantur Junckfrawkinder: ut Græci νοθεύσιμοι eos vocabãt: appellantur etiam *Bastardi*, quasi Böß art, id est, degeneris indolis seu ingenii, teste Cujacio *ad Nov. 18.* & Borcholto *in tractatu de gradib. p. 187. rubric. de success. liber. natural.* Compertum est tamen hujusmodi liberos naturales præsertim ex generosis patribus proseminatos, minimè fuisse indolis degeneris, sed sæpè maximas res gessisse: ut exempla ex Historiis annotavit Tiraquellus. 111. sunt

3 † liberi adoptivi, qui vulgò *legitimi tantùm* dicuntur, quia scilicet ut in naturalibus omnia, ita in his nihil operata sit natura: sed per adoptionem vel arrogationem, id est, modo civili, seu legitimo in potestatem patriam sint redacti.
4 Hi Germanis sunt, Angewünschte oder angenommene Kinder. IV. sunt † liberi legitimati per aliquem eorum modorum, quibus naturales efficiuntur sui & legitimi, ut sunt subsequens matrimonium, rescriptum principis (quod etiam *dispensatio* vocatur: item *indulgentia*.) deniq; oblatio curiæ, nominatio filii, &c.
5 de quibus satis dictum *suprà parte quartæ c.* 12. V. sunt † liberi spurii seu vulgò quæsiti, ex coitu meretricio seu fornicario, & patre incerto, qui & *publici pueri* appellantur à Seneca. Hîc notandum obiter, quod eleganter monuit Cujacius *ad Nov.* 18. patrem aliquando esse certum; aliquando incertum; aliquando incertum quodammodò. Certus est pater, in jure nostro, ille, quem justæ nuptiæ demonstrant: Incertus, qui vulgò quæsivit liberos: denique incertus
6 quodammodò qui liberos ex concubinâ suscepit. VI. sunt † liberi adulte-
7 rini, quos ex alienâ uxore quis procreavit. *VII.* sunt † liberi incesti seu incestuosi, item, nefarii; hoc est, ex incestu procreati: sive illud crimen committatur in figura matrimonii, ut loquuntur, sive extra matrimonium: item sive contra jus naturale & gentium, sive contra jus civile commissus fuerit incestus: de quibus videnda est *Nov.* 12. & *Authent. Incestas nuptias. C. de Incest. & inutil. nupt.* & de pœna incestus tractat Julius Clarus *lib.* 5. *sent.* §. *Incestus. VIII.* Denique
8 † sunt liberi ex quolibet damnato complexu sive coitu suscepti: de quibus videatur *Authent. ex complexu. C. de incest. nupt. ibidemque Dd.* Quod genus innumerabile esse dicit Ferrariensis. Et hic aggregat etiam natos ex monacho, presbytero sive Clerico, & fratre Minoritâ: item adjungendi sunt, nati ex Sanctimoniali seu nonnâ, & hujusmodi alii.

9 Sed † omnes hæ species liberorum ad duo ista summa genera revocari possunt, quod alii sunt justi, sive legitimi, quod idem est; alii injusti, seu illegitimi, ut docet Giphanius *in comment. de divis. Iur. thes.* 21.

His ita sive præmissis, sive repetitis, de variis liberorum differentiis, dein-
10 cep: de Jure succedendi, quo ad singulos, cognoscendum est. Ac † de libe-
11 ris quidem ex justo matrimonio natis exaudire debemus omnia ea, quæ *suprà cap. proximo* allata sunt. De naturalibus † liberis videndum nunc distinctè, tum quomodo patri, tùm quomodo matri suæ succedant; diverso enim Jure
12 censentur hæ successiones. Ad † successionem quod attinet paternam, ita jus est, ut siquidem pater eorum alios quoque habeat liberos benè natos, sive justos, (Ehliche Kinder) ipsi naturales in nihilum succedant: nisi quod tamen ex bonis paternis debeant educari & ali, arbitrio boni viri. *Authent. licet. C. de natural. liber.* Et quibusdam in locis pater naturalis etiam in vitâ suâ cogi solet à magistratu, ut certam quantitatem bonorum pro modo facultatum suarum, assignet liberis naturalibus in usum alimentorum. Ita etiam constituit Elector Palatinus *parte* 4. *tit.* 5 §. So aber der Vatter, &c. idem etiam habetur *in Reformatione Norica.* Quod si pater naturalis nullos habeat liberos justos (quæ vocatur *soboles civiles*, item *proles legitima*, in d. *Authent. licet, C. de natural. liber.*) sed solos

ſolos naturales; hi in ſextantem, id eſt, in duas uncias hæreditatis ejus ſuccedunt. Si autem adhuc vivat mater naturalis, ea cum liberis naturalibus admittitur ad ſucceſſionem in capita, hoc eſt, ut illum ſextantem, ſive duas uncias æqualiter cum ipſis dividat, pro numero perſonarum. In reliquas decem uncias ſuccedent proximiores agnati & cognati defuncti. *d. Authent. licet. C. de natural. liber.* quæ ſumpta eſt ex *allegata Novella*: ubi etiâ hoc additur: 1 Poſſe patrem naturalem inſtituere filium teſtamento hæredem ex aſſe, ſi nullos habeat neque juſtos liberos, neque parentes: poſſe quoque eidem inter vivos donare totam ſubſtantiam ſuam. Sin autem talis pater habeat parentes juſtos, his eum legitimam ſuam portionem, ſalvam relinquere debere. Sed hoc non pertinet ad ſucceſſionem ab inteſtato, de qua nunc ex profeſſo agimus, ſed pertinet ad ſucceſſionem ex teſtamento, de qua *parte ſuperiori.* 2. additur ibidem, liberos naturales patri ſuo naturali parem pietatem, ſi opus ſit, præſtare debere, h. e. vicem mutuâ ipſum quoque egeſtate fortè laborantem alere debere. Hæc de filiis & filiabus naturalibus; de quibus inſuper & hoc notandum, qua ratione ipſi, vel ſuccedunt, vel non ſuccedunt patri ſuo naturali: eandem rationem etiam ad ipſorum bona obtinere patrem naturalem, ſi prius decedât liberi, & quidem inteſtati: propter regulam quâ traditum eſt, Jura ſucceſſionum debere eſſe reciproca. ut *ſuprà capite 1. in fine* dixi.

Sed quæritur † de nepotibus (liberorum naturalium) quid juris ſit? Eſt 13
autem duplex hæc quæſtio aut etiam ferè triplex. Vel enim avo acceſſit nepos naturalis ex filio juſto ac legitimo, h. e. vitium naturalitatis, ut ſic loquar, primùm cœpit in nepote: vel avus ex filio naturali habet nepotem legitimum vel etiam naturalem. Et de omnibus iſtis caſibus diſponit Imperator *in l. ult. C. de natural. liber. & Novel. 89. Iura*, inquit, *ab inteſtato in avi ſucceſſionem nemini eorum penitùs aperimus:* Item, *nulla legitima conſequentia in hujuſmodi perſonis cuſtoditur.* In ſumma nepotes vel pronepotes naturales, ab inteſtato non admittuntur ad hereditatem avi vel proavi paterni: ut pluribus autoritatibus probat Borcholt. *tractatu de gradib. p. 188.* Reformatione tamen Norica cautum eſt *l. 8. tit. 24.* daß ſo natürliche vnehliche Kinder hernach ehliche Kinder erzeugt hetten/ dieſelben erben ſollen/ wie ſonſt ehliche Kinder/ ꝛc.

Atque hæc hactenus de ſucceſſione paterna: ſequitur † de materna. In hac 14
ſanè longè melioris conditionis ſunt liberi naturales quàm in ſucceſſione paterna vel aliorum per patrem aſcendentium. Matri enim ſuccedunt non minùs quàm liberi legitimi: & quidem ſive ſint ſoli, ſive concurrant cum legitimè natis. *l. pen. C. ad SC. Orfician.* (quæ lex non eſt abrogata per Novellas) & meritò quidem. Nam cùm etiam vulgò quæſiti liberi ad hæreditatem matris admittantur ex Senatusconſulto Orficiano: §. *noviſſimè. Inſtit. de SC. orfician*, quorum tamen aliàs deterior eſt conditio quàm naturalium: certè hi multò magis debent matri ſuæ ſuccedere. In materna igitur ſucceſſione naturalium liberorum omnia illa obtinebunt, quæ ſuprà *cap præced.* dicta ſunt: proindeque ea omnia huc repetenda erunt. Plura de naturalium ſucceſſione videri poſſunt apud Cujacium *ad Novel. 18. parte ſecunda, pag. 136. & ſequent.*

Digitized by Google

De his † ergo per matrimonium ſubſequens legitimatis liberis tenenda eſt 3
regula: tales parentibus ſuis per omnia ſuccedere ab inteſtato eodem modo, quo liberi, qui ab initio ex juſtis nuptiis nati ſunt, ſuccedunt parentib. juſtis: §. *1. v. nec non. Inſt. de hæredit. quæ ab inteſt. defer.* per omnia enim & in omnibus habentur pro veris, juſtis & legitimis liberis: nec ulla in re ab his differunt. §. *ſit igitur licentia. Nov. 74. &* § *& quoniam varie. Nov. 89.* Quod adeò verum eſt, ut etiam procedat, ſtatuto fœminas excludente, quàm diu extant maſculi legitimè nati. Hæc enim communior ac verior eſt ſententia, approbata etiam præjudiciis Cameræ Imperialis: quantumvis nonnulli contrariâ tenuerint, ut Rolandus à Valle & Carol. Ruffinus *in conſil.* inducti eo argumento, quod ſtatuta ſtrictè ſint accipienda, & in propria verborum ſignificatione. Videatur Andr. Gail. *d. l. 2. obſ. 141* & Mich. Graſſus *in* § *ſucceſſio ab inteſt q. 19. n. 6.* Borcholt. *de grad. p. 197.* & Tiraquel. *ad l. 8. ſi unquam. C. de revoc. donat. in verbo, ſuſceperit. n. 98.* Præterea legitimati per ſubſequens matrimonium excludunt etiam eum, qui ſubſtitutus eſt in caſum, quo non extent liberi legitimi & naturales. Subſtitutus, inquam, non admittitur ad ſucceſſionem quamdiu extent liberi ſubſequēte matrimonio legitimati: nam hi quoq; ſunt legitimi & naturales, non minùs quàm illi, qui ab initio & ſpecialiter tales fuerunt. In utriſque enim pariter lex & natura vires ſuas exercet: videatur Gabrielius *lib. 6. tit. de legitimatione. concluſ. 1. ampliatione 13.* & Tiber. Decianus *reſponſ. 3. n. 89. vol. 1.* Denique Johan. Borcholten *de gradib. p. 198.* Poſtremò, ſi per ſubſtitutionem vocati ſint filii filiorum, veri & non ficti, (id eſt, ſi his verbis uſus ſit teſtator) vocati cenſentur etiam liberi legitimati per ſubſequens matrimoniū: ut docet Tiraquellus, Julius Clarus, Covarruvias, & Cacheranus: quos refert ac ſequitur Treutlerus *Diſp. 16. th. 2. lit. B. in fine.* Diſſentiētes videri poſſunt apud Ant. Teſſaurū *Deciſ. Pedemontana 196.*

Recepta ſunt hæc omnia propter favorem matrimonii: qui alia quoque ſingularia multa admiſit. Videatur *cap. tanta extra, qui filii ſint legitimi. lib. 4. Decretal & ibi Dd.* Deque hoc legitimationis modo agit etiam conſtitutio Electoris Palatini *parte 4. tit. 5. in pr.* & Reformatio Noribergenſis *tit. 34. l. 5.*

Omitto hîc ſtudio brevitatis illam quæſtionem illuſtrem: An † filius natu- 4
ralis legitimatus deinde ſequente matrimonio, in jure primogenituræ, præferendus ſit fratri poſteà in matrimonio legitimè nato; an verò hic potiùs illi? De hac. n. quæſtione videri poteſt Forſterus *lib. 2. de ſucceſſ.* & Ferdin. Vaſquius *de ſucceſſionis progreſſu. §. 2. n. 89.* Et hæc de legitimatis per matrimonium ſubſequens.

Alia ratio eſt † eorū, qui per reſcriptum principis legitimantur. Nam hi non 5
cum liberis juſtis, ſive, ut vocant, naturalibus & legitimis ſimul, ut priores illi, admittuntur: ſed tunc demum ſuccedunt parentibus ſuis, ſi nulli ex juſtis nuptiis procreati ſuperſint. *Authen. præterea in verb. qui legitimam non habet prolem. C. de natural. liber. Nov. 74. & Nov. 89. c. 9. Illud tamen. in verb. filios legitimos nō habens. Et mox, legitimis non exiſtentibus, &c.* Ex quo intelligimus hanc legitimationis ſpeciem odioſam eſſe eo caſu, quo extant liberi legitimi proindeq; ſtrictè ac ictè accipi, nec interpretatione adjuvari debere. Videatur Borcholten *p. 206. tract.*

tract. de gradib. Nec tantùm parentibus ſuis, id eſt patri & matri, ſed etiam aliis aſcendentibus & collateralibus, ſuccedunt legitimati per reſcriptum: ut docet idem Borcholten *p. 202.*

6 Quamvis † autem, ut dictum eſt, legitimati per reſcriptum, extantibus legitimis ac juſtis liberis, patri non ſuccedunt: moribus tamen receptum eſt contrarium: nempe ut hi quoque cum filiis poſteà legitimè natis ad ſucceſſionem admittantur: de quo videatur Graſſus, *d. q. 19 n. 10.* & Andr. Gail *l. 2. obſ. 144. n. 5.* & Tiraquellus *ad l. ſi unquam. 8. in verb. donatione n. 281.* quæ una eſt exceptio ad
7 dictam regulam Juris. de ſucceſſione legitimatorum per reſcriptum. Alia † exceptio eſt, ſi reſcripto principis ad ſupplicationem patris emananti, inſerta ſit clauſula: *non obſtante, quod extent liberi legitimi.* Tunc enim communiter Dd. volunt eos ſuccedere patri, etiam unà cum liberis legitimè natis: ut ex Alexandro Jaſone, & Gabrielio probat Borcholten *p. 2. 4. de gradib.*

8 Adjungam his unam & alteram quæſtionem: ut 1. quæritur, † an citatio & conſenſus cognatorum, qui ſuccederent alioqui, nullis extantib. liberis legitimis, ad hãc legitimationem per reſcriptum neceſſarius ſit? Ac tametſi Treutlerus noſter *d. th. 2. litera F.* indiſtinctè reſpondeat negativè: credo, hac ratione motus: quia quod omnes tangit, ab omnibus debeat approbari: magis tamen probatur mihi hæc diſtinctio, ut ſiquidem vel pater ipſe reſcriptum à principe impetrârit, vel eo mortuo ex volũtate & juſſu ipſius, liberi naturales: his duobus caſibus non requiratur neceſſariò citatio & conſenſus propinquorum ſed valeat legitimatio: & ſic legitimati à ſucceſſione ipſos excludant, etiamſi non conſenſerint. Sin autem liberi naturales mortuo patre, ſine ipſius voluntate & juſſu, legitimationem ſui à principe petiverint: hoc caſu ut neceſſaria ſit propinquorum citatio & aſſenſio. Diverſitatis ratio illa aſſignatur, quia prioribus duobus caſibus nullum adhuc jus quæſitum eſt propinquis: ſed ultimo caſu jus ipſis jam quæſitũ eſt. quod proinde invitis auferri non poteſt nec debet, ne quidem per ſummum principem. Videatur hæc diſtinctio plenius probata per
9 Borcholt. *tract. de gradib. p. 202. & 2. ſeqq.*

Secundò † quæritur, an liberi legitimati per reſcriptum comprehendantur ſtatuto excludente fœminas extantibus maſculis? Et verior ac receptior eſt ſententia negativa: de qua videatur Graſſus *d. q. 19 n. 12.* Andr. Gail *lib. 2. obſ. 140. n. 6.* & Mynſ. *cent. 3. obſ. 26.* Filius igitur naturalis legitimatus per reſcriptum nõ excludet filiam ex legitimis nuptiis natam, id eſt ſororem ſuam: ſed unà cum illâ admittetur ad ſucceſſionem paternam, quantumvis aliàs illa filia ex ſtatuto per filios legitimos excluderetur. Et hanc ſententiam probat quoq; Borcholten. *pag. 205. & ſeq. tract. de gradib.* allegatis præſtantiſſimis autoribus: ut, Fulgoſio Ludovico Romano, Alexandro Jaſone, Tiraquello, & inprimis Carolo
10 Molinæo. Hæc de duobus illis legitimandi modis. Sunt † quidem etiam alii modi quibus naturales efficiantur legitimi: ut docui *parte 4. cap. 12. ex Nov. 74. & 89.* Verùm quia hodiè illis non utimur (ut etiam teſtatur Treutlerus *vol. 1. D. ſſ. 2. theſ. 6. lit. E.*) non eſt quod in illis diutiùs nunc immoremur. Videri poteſt de his Borcholt. *pag. 199. cum ſeq. & pag. 207. cum ſequenti.*

CAPUT

CAPUT VII.

Quomodo ſuccedant liberi adoptivi: qui vulgò legitimi tantùm dicuntur.

SUMMARIA.

1 *Adoptivi liberi alii arrogati, alii adoptivi in ſpecie.*
2 *Adoptivi, durante adoptione, perinde ſuccedunt ac liberi ex juſtis nuptiis quæſiti.*
3 *Adoptione diſſolutâ, diſtinctio adhibenda tàm in perſona adoptatis quàm in perſona adoptati.*
4 *Ab adoptione longè diverſa eſt unio prolium, de quâ remiſſivè.*

Liberorum † legitimorum alii ſunt arrogati, alii adoptivi in ſpecie 1
ſic dicti. Arrogati ſunt, qui per arrogationem autoritate principis, (olim verò populi Romani) ex patribusfamil. facti ſunt filiifamil. Adoptivi in ſpecie ſunt, qui imperio magiſtratus adoptantur filiifamiliâs. quæ duæ ſpecies, earumque differentiæ pleniùs exponuntur *in Inſtitut.* ubi videri poſſunt: nunc enim de his intempeſtivum eſſet prolixiùs agere: cùm de ſucceſſione tantùm ipſorum tractandum eſt. Summa † igitur eſt, quod li- 2
beri adoptivi, ſeu legitimi tantùm durante adoptione, ſive non diſſoluta per emancipationem ante mortem eius, de cuius ſucceſſione quæritur, ſuccedunt, ſive ſoli ſint, ſive concurrant cum liberis ex juſto matrimonio procreatis. Nam cum his etiam æqualiter ſuccedunt Dixi, *durante adoptione:* † quod ſi adoptio 3
per emancipationem ſoluta ſit, & liberi adoptivi ex patria poteſtate exierint, ita diſtinguendum eſt, ut ſequitur. Aut enim ab extraneo aliquo erant adoptati; & reſolutâ adoptione omne jus ſuccedendi patri quondam adoptivo amittunt: perinde enim habetur, ac ſi nunquam intervenuſſet adoptio. Aut erant adoptati ab aliquo ex aſcendentibus, puta ab avo ſuo materno, &c. & emancipati ab eodem patre ſuo naturali jam mortuo: & tunc admittuntur ad ſucceſſionem tàm patris, quàm avi. Hæc ergò prima tenenda eſt diſtinctio, inter perſonas adoptantis. Secundò diſtinguendus etiam eſt ab adoptivo filio ſpecialiter dicto, arrogatus. In hoc enim illud eſt ſingulare, quòd impubes poſt arrogationem iterum emancipatus patri arrogatori ad minimum in quarta bonorum eius ſuccedat: quæ appellatur in jure, *quarta D. Pii*: quia ſcilicet illius principis conſtitutione eſt introducta, (de hac agitur in *titulo Inſtit. de adoptione.*) Nec verò adoptivus filius hodiè excluditur à ſucceſſione patris naturalis: à quo ſcilicet alteri commodatus eſt adoptionis gratia.

Fundamenta horum omnium, & plenior explicatio, videantur apud Ferrarienſem, Schneidewinũ, Borcholtum Forſterum *lib. 5.* & Treutlerum *Diſſ. 16. vol. 2. th. 2.* Videri quoq; poſſunt ſtatuta: & de *l. 10. cùm in adoptivis. C. de adoption.* adhibeatur Balduinus *in Iuſtin. p. 190. cum quatuor ſeqq.* In feudis non ſuccedere alibi docetur.

Illud † poſtremò notandum: ab adoptione longè diverſam eſſe eam quam 4
Dd. vocant, unionem prolium: Germani die Einkindſchafft, & quidam Gleichmachung der Kinder, quando videl. vir & mulier, ſive viduus ac vidua, habentes liberos ex priore matrimonio, (utrinq; ſcil.) faciunt pacta quædam de futu-

Digitized by Google

rà ſucceſſione inter ſe & liberos, ſi etiam ex hoc ſecundo matrimonio, ſobolem aliquam naſci contingat, &c. de quo genere nihil eſt in Jure communi ſcripto comprehenſum. Sed videatur Andr. Gailius *lib. 2. obſ. 125. per tot.* & Riccius *in tractatu de unione prolium.* item conſtitutio Electoris Palatini *parte 2. tit. 25.* ubi diligenter exponitur, tùm qua forma aut cautione opus ſit in contrahenda iſta, quam vocant, prolium unione; tùm quouſq; vim ſuã extendat in ſucceſſionib.

CAPUT VIII.

Quomodo ſuccedant liberi ſpurii: Item liberi inceſtuoſi, aliiq; ex damnato complexu procreati, &c.

SUMMARIA.

1 *Spurii quinam propriè.*
2 *Spurii patri non ſuccedunt.*
3 *Matri, & aſcendentibus per eam ſuccedunt.*
4 *Illuſtri fœmina, liberos inſtos habenti, ſpurij non ſuccedunt.*
5 *Liberi ex damnato coitu nati incapaces ſunt omnis ſucceſſionis, & acquiſitionis bonorum tàm paternorum quàm maternorum, nec non alimentorum.*
6 *Iure tamen Canonico, & ſtatutis plurium locorum, alimenta illis debentur.*
7 *Vnde & pater alimenta atque dotem illis relinquere poteſt teſtamento.*
8 *An ſpurii ſint infames?*

REſtat dicere de ſucceſſione liberorum ſpuriorum & inceſtuoſorum, nec non aliorũ ex damnato coitu prognatorũ, quos à liberis naturalibus ex concubinâ vel aliâ liberâ perſonâ, cum qua connubium nobis eſſe poterat, ſeparavimus jam ſuprà. Hîc quoq; † ſpurios diſtinguimus à cæteris, & ſic vocamus illos qui aliàs vulgò quæſiti, ſeu vulgò concepti: item publici pueri, ſive ex meretricio concubitu prognati: ſive deniq; ex vulgari muliere, quã vocat Ulpianus *in l. 13. ſi uxor, § ſed & in ea. ff. ad L. Iuliam, de adulter.* quæ ſcil. vulgo ſe proſtituerit, & quæſtum corpore fecerit; omnes promiſcuè, modò dent mercedem, admittens: quomodo & Germani eas vocant, Gemeine Weiber, ut eſt *in conſtitut. Electoris Palatini parte 4. tit. 6.* Horum liberorum etſi mala eſt conditio, ſi conferantur cum præcedentibus, de quibus ſuprà; tamen melior eſt quàm ſequentiũ, de quib. infrà, quorũ ſors eſt omnium deterrima. Spurii namq; habent Jura cognationum: ſed inceſtuoſi & cæteri non habent. Imò ne quidem nomine liberorũ digni ſunt: ut docet Andr. Gail *l. b. 2. obſ.* 1 *115. n. 10. & 11.* Et quidem † quoad patrẽ, huic ſpurii omninò non ſuccedunt: vel quia certũ non habent patrẽ: vel quia ſi conſtet de patre, is talis eſt, quem honeſtè demonſtrare non poſſunt, eum quippe habent quẽ habere nõ licet. *l. 23. vulgo concepti, ff. de ſtat. hom.* Ad † matrẽ quod attinet, huic ſuccedunt, idq; ſive ſint ſoli, ſive cum legitimè natis concurrant. *§ noviſſimè. ubi Angelus & alii Dd. Inſtit. de SC. orfic.* Sicut etiã mater vulgo quæſitos alere cogenda eſt: & ipſa vicißim ab eis alenda. *l. 5. ſi quis à liberis. §. 4. Ergò & matrem. ff. de agnoſc. & alend. liber.* Similiter quoq; ad aviæ maternæ, aliorumq; per matrem cognatorum, ſucceſſionem admittuntur, & viceverſa ab iiſdem ipſis quoque ſucceditur. *l. ſi ſpurius. l. hac parte & l. Modeſtinus. ff. unde cognati.*

4 Excipitur † mater fœmina illuſtris, ſi decedat relictis præter ſpuriũ etiã liberis benè natis: huic enim ſpurii nõ ſuccedũt, ſed à legitimis ac juſtis liberis excluduntur.

Digitized by Google

dantur. *l. 5. si qua illustris. C. ad SC. orfic.* Ratio est: *quia omne animi vitium tanto conspectius in se Crimen habet, quanto maior, qui peccat, habetur*, ut ait Satyricus. Hinc Imperator ait, mulieribus ingenuis & illustrib. castitatis observationem sive curam, præcipuuum debitum esse: & in ipsis nominari spurios, satis esse injuriosum, satisq; acerbum ac suis temporibus indignum. *d. l. 5. C. ad SC. orfic.*

Sequuntur † extremo loco, tanquã feces quædam liberi damnabilis coitus, 5
quos innumerabiles esse suprà ex Ferrariẽsi dixi. Sub his cõprehẽdimus tũ eos, qui ex incestu nati sunt, tùm qui ex adulterio, tùm qui ex Monacho vel Monacha, vel presbyterorũ, tũ quicunq; ex alio dãnato coitu sunt nati. Horũ omniũ eadẽ est cõditio, & pessima quidẽ, ut dicebã suprà. Nã neq; patri, neq; matri ab intestato succedunt: Imò neq; inter vivos neq; inter mortuos, neq; in ultimã volũtate quicquã ipsis vel directè vel indirectè à parentib. relinqui potest: ac ne alimenta quidẽ ipsis debentur Jure Civili, *Nov. 74. & Nov. 89. junctâ Auth. ex complexu. C. de incest. nupt.* In summa, tales sunt planè incapaces non solùm omnis acquisitionis, bonorum paternorũ & maternorũ tàm inter vivos, quàm in ultima voluntate quàm etiã ab intestato: sed etiã alimentorum: quorũ causa tamen alàs maximè favorabilis est: ut docetur *ad l. 8. ff. de transact.* & videatur de favore alimentorũ etiam *tractatus Clar. ß. Dn. Scipionis Gentilis de Alimentis.* Ratio horum omniũ est odium libidinum, & studiũ atq; amor castitatis, utque tantò magis in hominibus reprimeretur carnis luxuria Sed quod † de alimen- 6
torum denegatione dictũ est id correxit Jus Canonicũ: de quo videatur *in cap. cùm haberet, ibiq; cõmuniter Dd. extr. de eo qui duxit in matrim. quam poll. per adult.* Eamq; juris Pontificii dispositionẽ secuta sunt etiam statuta quorundam principum & Rerumpubl. reformatæ religionis: quæ tamen Pontificiã jurisdictionem nũ agnoscunt: ut Electoralis Palatinatus constitutio *part. 4. tit. 6.* von Erbung derer/so von gemeinen Weibern / oder verdampter vermischung geboren: in verb. Doch soll jhnen auß natürlicher mitleydung vnterhaltung vnd narung gereycht werden. Quibus concordat Reformatio Norica, *l. 9. tit. 34.* in verb. Doch sol jhnen die Leibsnarung damit sie erzogen werden mögen / folgen vnd gereycht werden/ꝛc. Quorũ ratio nititur benignitate & humanitate sive cõmiseratione. Videbatur enim inhumanum, ut anima creata quæ non peccaverat, fame periret: ut loquitur Ferrariensis Practicus: quamvis idem etiam aliam longè diversam Juris Pontificii rationẽ assignet: *Ratio*, inquit, *clericorum fuit, quia luxuriosi sunt, & carent uxoribus, ut ampliaretur facultas luxuriandi.* Hinc † à quibusdam tradi- 7
tum est posse patrẽ talib liberis etiã testamento relinquere alimenta: item dotem, quæ æquè est favorabilis. Quam opinionẽ concedit Ferrariensis procedere in terris Ecclesiæ, id est in ditione Papæ: at in terris imperii, in quibus Papa nullã habet potestatẽ, nõ esse verã hanc sententiã, nec servandã dictã Decretalẽ sed potiùs Jus Civile. Videatur etiã And. Gail. *lib. 2. obs. 88.* & Hart. Hartmãni *tit. 36 de alimentis, obs. 3.* & Ant. Tessaur. *decis. 211.* item Forsterus *tract. de successionibus.*

Quæritur † aũt (ut hoc obiter addã) an spurii infames sint? Laborant quidẽ 8
illi aliquâ ignominiæ notâ, quod scil sint degeneris ingenii, ut est *in l. ult. C. de naturali liber.* unde etiam, ut suprà dictum à Germanis *Bastardi* dicti sunt. quasi

Böß art. Veruntamẽ infamiâ propriè non laborãt. Quid.n ipſi deliquerũt, qui ad ſui conceptionẽ vel nativitatẽ injuſtã nihil contulerunt? Atque hanc negativam ſententiam video etiam probari Treutlero noſtro *Diſput. 16. vol. 2.*

CAPUT IX.

Quibus caſibus liberi à ſucceſſione parentum repellantur & arceantur: ubi etiam de renunciatione futuræ hereditatis, &c.

SUMMARIA.

1 *Ob crimen paternum læſæ majeſtatis, aut hæreſeos privantur liberi ſucceſſione paterna.*
2 *Ob crimen proprium liberi à parentum ſucceſſione arcentur, ſi eos teſtari prohibuerint.*
3 *Per renunciationem quoque juratam liberi ab hereditate legitimâ parentum repelluntur, jure Canonico, & conſuetudine Germaniæ.*
4 *Non tamen à teſtamentariâ.*
5 *Ingreſſus in religionem ſive ordinem monaſticum bonorum incapacem, liberos à ſucceſſione parentum excludit.*

DIctum eſt ſuprà, deſcendentes ſuccedere aſcendentibus ab inteſtato, ſive liberos parentibus ſuis, & horum primam eſſe cauſam. Sed hoc non eſt perpetuum. Dantur enim caſus, quibus ne quidem juſti ac legitimi liberi parentibus ſuis ſuccedant. Qui caſus totidem conſtituunt exceptiones à ſuperiori regula. Fit autem hoc, ut non ſuccedant liberi parentibus, maximè propter ſequentes cauſas: vel enim ob crimen aliquod ſive parentum, ſive proprium removentur: vel ob renunciationem juratam, vel denique ob ingreſſum in religionem aliquam, quæ incapax ſit bonorum, propter votum perpetuæ paupertatis. De quibus quàm breviſſimè dicam.

1 Quod igitur † primùm attinet ad privationem ſucceſſionis ob crimen paternum: ſciendum eſt, etſi regulariter crimen paternum filio innocenti non debeat eſſe pœnæ *l. 26. crimen. ff. de pœnis. & l. 22. ſancimus. C. eod. tit. & arg. l. C. neſilius pro patre, &c. Anima enim quæ peccaverit, ipſa morietur*, inquit Lex Divina; *& filius non portabit iniquitatem patris*: unde & Propheta Jeremias reprehendit dicterium illud quod inter Judæos jactabatur: *Patres comederunt uvas, & filius obſtupuerunt dentes.* Tamen excipiuntur quædam atrociſſima crimina ut eſt 1. crimen læſæ majeſtatis. 2. crimen hæreſeos. De priore eſt *l. quiſquis. § 1. C. ad L. Iuliam. Maieſt. & §. per contrarium. Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defert.* De altero eſt *conſtitutio Friderici II.* quæ integra extat apud Petrum de Vineis, *in Epiſtolis*, & ex eâ ſumpta eſt *Authent. Gazaros. cum aliis. C. de hæreticis.* In Jure Canonico eſt *cap ſtatutum. de hæreticis in 6.*

2 Crimen † proprium eſt ob quod privantur liberi ſucceſſione parentum: puta ſi filius patri, quò minùs teſtamentum facere poſſet, impedimento fuerit. *l. 2. C ſi quis aliquem teſtari prohibuerit. l. 18. eum qui. §. ult. ff. de his quibus ut indign. Novel. 134. c. 3.* Huc pertinent etiam aliæ ingratitudinis cauſæ, ob quas poſſunt liberi à parentibus exhæredari *Novel. 115. c. 3. Iohan. Oldendorpius in Epitome ſucceſſionis ab inteſtato nu. 39.* Præterea facit huc etiam *l. 1. C. de hered. Inſtit.* ubi deportatus non poteſt ex teſtamento ſuccedere, Ergo nec ab inteſtato.

Porrò

Porrò † alia, ut dixi, causa repellens liberos à successione parentum est re- 3
nunciatio jurata. Recepta est hæc moribus maximè inter Nobiles. Puellę enim
cùm elocantur in matrimonium & dotantur, jurare solent, se dote sua velle
contentas vivere; & hoc ipso renunciare successioni paternæ. Quod quidem fit
propter conservationem familię ut in eâ tantò plura retineantur bona, quę re-
maneant penes masculos, per quos familiæ conservantur: quæ in fœminis defi-
ciunt, cùm fœmina suæ familiæ caput & finis esse dicatur *l. familiæ. in fine. ff. de V. S.* Est sanè renunciatio futuræ hæreditatis planè contraria Juri Civili, eoque
improbata: ut videre licet *in l. ult. ff. de suis & legit. l. 15 pactum quod dotali. C. de pact & l. 3. C. de collation.* Pacta enim de futurâ successione tàm affirmativè quàm
negativè concepta id est tam ea, quæ successionem dant, quàm quæ adimunt,
Jure Civili pariter reiiciuntur, & contraria bonis moribus censentur: cùm im-
probum sit votum captandæ mortis alienæ & sollicitudo de hæreditate viven-
tis præmatura. Videatur inprimis *l. 61. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obligat.* Ubi copiosissimè post alios Zasius: item *l. 4. C. de inutil. stipul.*
Sed jure Pontificio eatenùs probatur hujusmodi pactum sive renunciatio
quatenus jurejurando confirmata est, *cap. 2 quamvis. de pactis. in 6.* de quo
pluradixi *in tr. differ. juris. lib. 3. c. 3.* Videatur etiam Forsterus *lib. 4. cap. ult. num. 10.*
Si quis igitur ex liberis, acceptâ dote vel donatione propter nuptias, (quæ ta-
men æquet legitimam) reliquæ successioni parentum renunciaverit, posito in-
super jurejurando: non amplius admittitur (obstat enim ei exceptio jurisjuran-
di.) Forsterus *d. num. 10.* Hæc † tamen renunciatio nihil impedit, quò minùs 4
ex testamento succedere possit patri vel matri, etiam is, qui jam semel renun-
ciavit successioni. Intelligitur enim ista renunciatio de successione legitimâ si-
ve ab intestato, sicut etiam aliis multis modis, de quibus alibi restringitur cùm
sit odiosa & exorbitans à Jure Civili. Jus autem Canonicum ob vim jurisjuran-
di renunciationem hanc valere voluit. Idque probatur etiam statuto Norico (&
aliorum locorum) *l. 7. tit. 34.* ubi etiam additur, judicialiter fieri debere hanc ju-
ratam renunciationem: atque ita passim locorum per Germaniam observatur.
Videatur & Mynsingerus *responso 50.* ubi testatur de consuetudine Franconiæ, &
Andr. Gaileus *lib. 2. observ. 147.* ubi etiam tractatur quæstio, an filia per renun-
ciationem læsa gaudeat beneficio restitutionis in integrum.

Postremò dixi, † liberos non succedere parentibus, si professi fuerint talé 5
aliquam religionem quæ bonorum non sit capax: qualis est ordo Franciscano-
rum, Cistercensium & aliorum fratrum Mendicantium. de quibus videantur
textus Juris Canonici, allegati à Forstero *lib. 4. cap. 23. de success. n. 31. & seq.* Multa
quidem ibidem affert Forsterus de casibus quibus cesset liberorum successio:
sed pleraque pertinent ad successionem feudalem de qua alius est dicendi lo-
cus. Itaque hìc primam partem tractatus nostri concludamus: postea-
quam latis dximus de primo ordine succedentium,
videlicet descendentibus.

Digitized by Google

CAP. X.

De successione ascendentium.

SUMMARIA.

1 *Solatii causâ parentibus liberorum hereditas defertur.*
2 *Distinctio casuum in hac successione.*
3 *Si ascendentes primi gradus sint soli.*
4 *Si ascendentes primi gradus concurrant cum aliis ascendentibus ulterioribus.*
5 *Pater hodiè in successione non est melioris conditionis quam mater.*
6 *Nec distinguitur, unde bona pervenerint ad defunctum.*
7 *Si ascendentes primi gradus concurrant cum fratribus defuncti utrinq; coniunctis.*
8 *Si ascendentes primi gradus concurrant cum liberis præmortuorum fratrum utrinq; coniunctorum.*
9 *An idem iuris sive cum fratrum præmortuorum filiis etiam fratres concurrant, sive fratrum filii soli extent?*
10 *Si ascendentes primi gradus concurrant cum fratrum utrinq; coniunctorum neptibus, aut aliis ulterioribus.*
11 *Si ascendentes primi gradus concurrant cum fratribus ex uno tantum parente coniunctis defuncto.*
12 *Si ascendentes secundi vel tertii gradus extent soli, in gradu dispari.*
13 *Si ascendentes secundi aut tertii gradus extent soli & in pari gradu.*
14 *Si ascendentes secundi aut tertij gradus concurrant cum fratribus defuncti utrinque coniunctis.*
15 *Si ascendentes secundi aut tertii gradus concurrant cum fratribus ex altero tantum parente coniunctis.*
16 *Si ascendentes secundi vel tertii gradus concurrant cum ulterioribus collateralibus.*
17 *Si ascendentes secundi vel tertij gradus concurrant cum fratribus & fratrũ præmortuorum filiis.*
18 *Pater & avus paternus succedens filio suo cum eiusdem fratribus, & fratrum præmortuorum filiis, non consequitur usumfructum in illa parte bonorum, quæ obvenit defuncti fratribus, & fratrum liberis.*
19 *Inter masculos & fœminas in hac parte iuris nulla est differentia.*
20 *Contextus Novellæ 118. quadam ex Nov. 127. perperam assuta.*
21 *Si defunctus præter ascendentes & fratres etiam coniugem reliquerit.*

SEcundus ordo successorum deinceps est, videlicet ascendentium 1 sive parentum. His defertur † luctuosa hæreditas liberorum, si fortè contingat parentes turbato ordine mortalitatis superstites esse ex se progenitis. *l. 15 nam etsi in pr. ff. de inoffic. testam.* idque commiserationis ergò, ut solatio ipsis sit pro amissis liberis: quos secundum commune votum parentum sibi potiùs superstites esse optavissent. *l. 7. scripto ff. unde liberi, & l. jure succursum, ff. de jure dot.*

Si quis igitur intestatus sine liberis decesserit relictis in lineâ ascendentiũ, patre & matre, altero vel ambobus superstitibus: hi liberis suis succedunt, omnesque alios excludunt remotiores in lineâ eâdem ascendente. Excludunt etiam omnes qui ex transverso veniunt cognatos, præter fratres & sorores defuncti eorumque liberos, ut infrà dicetur. Est enim de hoc secundo ordine paulò distinctiùs explicandum.

2 Ascendentes † aut sunt primi gradus, ut pater & mater defuncti, cujus de hæreditate quæritur: aut sunt secundi vel tertii gradus: ut avus, avia paternus vel maternus, & paterna vel materna: ut proavus paternus vel maternus, & proavia

Digitized by

proavia paterna vel materna &c. Dicam priùs de aſcendentibus primi gradus: tum de aſcendentibus ulteriorum graduum: & quid quisquam juris in ſucceſſione habeat, quanta fieri poterit brevitate complectar.

Primi gradus aſcendentes aut ſunt ſoli: aut concurrunt cum aliis, iisque vel aſcendentibus, vel collateralibus. Memoriæ autem & evidentiæ cauſa operæ pretium eſt certas quasdam regulas annumerare, ac velut theſes conſtituere.

I. † Si aſcendentes primi gradus, id eſt pater & mater defuncti ſunt ſoli, res 3
expeditiſſima eſt: tunc enim filio filiæve æqualiter ſuccedunt. *Nov. 118. c. 2.*

II. † Si aſcendentes primi gradus concurrant cum aliis aſcendentibus ul- 4
terioribus, (ut avo paterno vel materno, item avia & proavia &c.) tunc pater & mater in ſucceſſione defuncti ulterioribus præferuntur. Inter aſcendentes enim non eſt locus repræſentationi, ut quidam voluerunt interpretes: ſed male: de quo ſuprà dixi *inter evidentialia cap.* 1. Videatur *Authent. defuncto. in verb. Salva gradus ſui prærogativa, &c. C. ad SC. Tertull.* & Michaël Graſſus *in* § *ſucceſſio ab inteſtato. q.* 22. *n.* 6. Matheſilanus *in tractatu de ſucceſſ. ab inteſtato, articulo* 2. *princip. n.* 6. & Johan. Borcholt *de gradib. pag.* 213 *& ſequenti.*

III. † Pater & mater ſimul ſuccedunt filio filiæve defunctis: neque hodiè 5
pater amplius excludit matrem: ut fiebat ante Novellas; *l.* 2. § *obiicitur. ff. ad SC. Tertull. l.* 2 *C. eod. l.* 10. *ſi ad patrem. ff. de ſuis & legit.* § *pater vero. Inſtit. de SC. Tertull.* qui textus omnes, etſi qui fortè ſunt ſimiles in corpore juris, correcti ſunt per jus noviſſimum, id eſt, *d. Nov. 118. c.* 2. Similiter quoque correctum ac ſublatum eſt Senatusconſultum Tertullianum in eo, quod mater cum ſororibus defuncti ſuccedebat in ſemiſſem, non in capita Cujacius *ad Novell.* 2. Idemque repetit *ad Nov. 118 pag.* 350. Sed hoc pertinet ad concurſum parentum cum fratribus defuncti: de quo infrà *theſi quinta.*

IV. † Non diſtinguimus unde bona pervenerint ad defunctum. Quare et- 6
iamſi bona defuncto obtigerint ab aſcendente remotiore, nihilominus aſcendens, qui defuncto proximior eſt, in his quoque bonis ſuccedit excluſis remotioribus, quæ notabilis eſt ampliatio ad ſuperiora. Videatur Anton. Teſſaurus *deciſ.* 27. & Guliel. Ranchinus *in tract. de ſucceſſione ab inteſtato. §.* 14. *nn.* 4. *cum* 3. *ſeqq.* item *num.* 11. *& ſeq. &* § 12. *n.* 7. Michaël Graſſus *in d.* § *ſucceſſ. ab inteſtat. q.* 22. *n.* 5 *verſ. contrarium.* Mynſingerus *cent.* 6. *obſerv* 55. Forſterus *lib.* 7. *de ſucceß. c.* 4. *n.* 6. *& ſeqq.* Ubi etiam reſpondet contrariis. Videatur quoque Vincentius de Francis. *Deciſ. Neapolit* 59. *n.* 6. *& ſeqq.* item Franc. Vinius *lib.* 2. *communium opinionum. n* 218. denique Andr. Fachinæus *lib.* 6. *controverſ. juris. cap.* 4.

V. † Si aſcendentes primi gradus non ſint ſoli, ſed concurrant cum fratri- 7
bus defuncti germanis, id eſt per utrumque parentem conjunctis (Græci vocat ἀμφιθαλεῖς quaſi dicerent, qui utrinque efloruerunt) tunc pater & mater Jure Civili unà cum illis ſuccedunt æqualiter ſive in capita, pro numero perſonarum, *d. Authent. defuncto. & Nov. 118. §. ſi cum aſcendentibus.* Hîc notanda eſt mutatio juris prioris: nam ante Novellas fratres defuncti in ſucceſſione ejus (idem eſt in ſororibus) præferebantur ejusdem parentibus, & hos excludebãt. *l. ult. C. communia de ſucceſſion.* Idq; & Cujacius notavit *ad d. Nov. 118.* & Borcholt. *p. 222. de*

Covarruvias *in Epitom. ſucceſſ. ab inteſt. concluſ. 6. n. 5. verſ. hinc apparet.* denique Andr. Fachinæus *lib. 6. controverſ. Iuris. cap. 8.* Et hactenus de aſcendentibus 1. grabus: ſequitur de aſcendentibus 2. vel 3. gradus.

IX. † Si aſcendentes ſecundi vel tertii gradus extent ſoli, ſi quidem in gradu diſpari; tunc prærogativa locum habet: ut ſcilicet gradu proximior excludat remotiorem per jura ſuperiùs adducta. 12

X. † Si autem gradu ſint pares, tunc unus ſemis hæreditatis cedit parentibus lineæ paternæ (verbi gratia avo & proavo) alter ſemis parentibus lineæ maternæ dividendus inter ipſos idque non conſiderato numero perſonarum, vel hujus, vel alterius lineæ *Authen. defuncto. & ibi Dd. C. ad SC. Tertull.* Michaël Graſſus *q. 22. n. 4. d. §. ſucceſſ. ab inteſt.* Exempli gratia, pone defunctum reliquiſſe avum paternum ex unâ parte, & avum maternum, atque aviam maternam ex alterâ: ſimul quidem ſuccedunt utriuſque generis aſcendentes, (id eſt tàm materni quàm paterni) utpote qui ſint in pari gradu, ſed ita ut hæreditas in duos dividatur ſemiſſes: quorum unum capiat avus paternus ſolus, quia etiam ſolus ſuperſtes eſt alterum ſemiſſem avus maternus & avia materna: quæ duæ perſonæ in hac linea concurrunt Etſi autem hæc ſuccedendi ratio quodammodo eſt ſimilis ſucceſſioni in ſtirpes, cujus radix & fundamentum eſt jus repræſentandi: tamen non eſt exiſtimandum quod hîc re verà ſit repræſentatio. Hæc enim, ut jam ſuprà non ſemel dixi, inter aſcendentes locum non habet, videatur etiam Borcholtem *p. 2. 14. tract. de gradib.* 13

XI. † Si aſcendentes ſecundi aut tertii gradus concurrant cum fratribus defuncti, utrinque conjunctis: ſimul admittuntur ad ſucceſſionem in capita. *d. Authent. defuncto,* & Forſter. *lib. 7. c. 6. n. 1. & 2.* item *n. 6. & 7.* & Graſſus *q. 23. n. 5. d. §. ſucceſſ. ab inteſt.* 14

XII. † Si aſcendentes ſecundi vel tertii gradus concurrant cum fratribus ex altero tantum parente conjunctis: tunc hos excludunt, ipſiſque præferuntur: per ea, quæ ſuprà tradita ſunt, *de parentibus primi gradus iisdem præferendis.* 15

XIII. † Si aſcendentes ſecundi vel tertii gradus concurrant cum ulterioribus collateralibus, aſcendentes quidem ſuccedunt in capita, ſed fratrum filii in ſtirpes ſuccedunt. *Obverſus Textor in tractatu de ſucceſſ. ab inteſt. n. 78 verſ. ſecundo infertur.* Forſterus *l. b. 7. de ſucceſſ. c. 6. & 7.* quanquam hic in eo eſt ſingularis, quod putat aſcendentes quoque hoc caſu in ſtirpes ſuccedere, perinde ut filios fratrum. 16

XIV. † Si aſcendentes ſecundi vel tertii gradus concurrant cum fratribus & fratrum præmortuorum filiis: aſcendentes quidem & fratres in capita ſuccedent, ſed fratrum filii in ſtirpes *Nov. 127. cap. 1* Forſterus *lib. 7. cap. 6. & cap. 7. in pr.* 17

XV. † Pater & avus paternus ſuccedens filio ſuo cum ejusdem fratribus, & fratrum præmortuorum filiis, non conſequitur uſumfructum in illa parte bonorum quæ obvenit defuncti fratribus, & fratrum liberis: ſed ea portio plenojure ad fratres pertinet (itemque ad fratrum filios) quamvis aliâs patri ex bonis adventitiis liberorum, qualia hæc quoque ſunt, uſusfructus debeatur, 18

Digitized by Google

ut notissimum est *ex Iustinianibus tit. per quas personas.* Constituit hoc Justinianus *in Novella 118. c. 2. vers. nullum in hoc casu.* Cujus juris rationem reddit Cujacius, *ad eandem Novellam p. 350. edit. Col* & Borcholtem *pag. 222. de gradib.* videlicet quia pater loco ususfructus, qui ipsi hoc casu denegatur, reputare debet, quod ad successionem admittitur cum fratribus, à quibus ante Novellas excludebatur. Et hoc jus commune approbatur etiam statutis & moribus, verbi gratia Electoris Palatini constitutione *part. 4 tit. 7. §.* Was auch die Geschwistrigt/ &c. & in Reformatione Noricâ *tit. 35. l. 2. §. ult.* Exceptio est, nisi maluerit pater (vel avus paternus) retinere usumfructum repudiatâ successione in portionem pleno jure sibi competentem. *d. tit. 7. & d. §. vers.* Es wöllen dann/ &c.

19 XVI. † Quæ de fratribus & fratrum filiis superiùs dicta sunt eadem omnia locum habent etiam in sororibus & filiis ac filiabus sororum. Nam inter masculos & fœminas hodiè, quo ad successionem in bona allodialia, nullum est discrimen *d. Authen. defuncto. in verb. exclusa prorsus omni differentia sexus.* Nihil igitur nos turbare debet, quod Imperator *in Novella 127.* tantùm nominat filios fratrum, quasi aliud esset juris in filiis vel filiabus sororum. Imò planè idem est, videatur & Borcholtem *pag. 223. in vers. quin imò tract. de gradib.*

20 XVII. † Notandum quoque ex *d. Novella 127.* quædam de filiis fratrum perperàm assuta esse contextui *Nov. 118.* quod jam olim animadvertit & admonuit Balduinus *ad eand. Nov. 118. in Iustin. p. 572.* ubi ait, nimis impudentem & imperitum fuisse, quicunque tandem fuerit ille interpolator. Idem quoq; monuit Henric. Agylæus *ad Novellas nostras;* & repetiit Borcholtus *pag. 218. & sequenti, tractatu de gradibus.*

21 XVIII. † Si defunctus defunctáve præter ascendentes & fratres sororésve etiam conjugem reliquerit: tunc circa successionem conjugis observabitur id, quod aliis legibus cautum est: de quibus infrà *sub alio capite.*

CAP. XI.

De successione parentum aliorum, qui non sunt naturales & legitimi simul.

SUMMARIA.

1 *Quatenus quique liberi parentibus succedũt, eatenus & vicissim liberis succedunt parentes.*

2 *Plura de hac re remissivè.*

3 *De modo succedendi, quando plures sunt ascendentes in pari gradu, remissivè.*

QUæ hucusque tradidi, intelligenda sunt de parentibus, qui ex justis nuptiis liberos, quibus succedere volunt, procreavere: illi, inquam, ita, ut modo dixi, succedunt. Addendum nunc erat, quomodo succedant alii parentes, verbi gratia quomodo parentes naturales: quomodo illi, qui liberos legitimârunt per subsequens matrimonium, vel per rescriptum: quomodo parentes adoptivi: quomodo illi, qui vulgò liberos quæsiverunt suis spuriis: quomodo adulteri liberis adulterinis: denique quomodo incestuosi

inceſtuoſi inceſtuoſis, & ſimiles qui ex damnato complexu liberos ſibi pararũt. Sed de his ideò non eſt opus novâ doctrinâ, quia ſucceſſionum jura ſunt reciproca ſeu correlativa, ut ſuprà dixi *cap. 1.* Hoc † igitur ſufficit in genere admonere: quâ ex parte & quatenus tales liberi talibus parentibus ſuccedunt, vel non ſuccedunt: eâdem ex parte & eatenus parentes quoque tales talibus liberis vel ſuccedunt, vel non ſuccedunt. In † ſpecie verò ſi quis plura de his cognoſcere avet, legat Ferrarienſem, Schneidewinum & Foiſterum *lib. 7. de ſucceſſ. c. 17. 18. & 19.* ubi etiam in fine de parentibus, quos vocant, ſpiritualibus, ſive de patrinis. Addi quoque poteſt Borcholtem *pag. 231. tract. de grad.* Ad † extremum de modo ſuccedendi, quando plures ſunt aſcendentes in pari gradu, videatur celebris controverſia apud Fachinæum *lib. 6. controverſiarum juris. c. 4.*

1

2

3

CAP. XII.

Quomodo & ex quibus cauſis jura ſucceſſionum aſcendentibus vel adimantur, vel minuantur.

SUMMARIA.

1 *Mater vel avia liberis intra annum non petens tutorem, eorum ſucceſſione privatur.*

2 *Mater vel avia tutrix ſi non petito alio tutore, ad ſecundas nuptias tranſierit, ab hereditate liberorum repellitur.*

3 *Vita luxuriosa & impudica parentum, poſt mortem prioris coniugis, indignos eos reddit liberorum hereditate.*

4 *Intra annum luctus nubens à ſucceſſione liberorum repellitur, iure Civili, non etiam moribus noſtris.*

5 *Secunda nuptia in genere parentum imo in hereditate liberorum imminuunt*

6 *An, matre ob ſecundas nuptias privatâ dominio lucrorum nuptialium a priore marito acceptorum, filius primi matrimonii premoriens ſine liberis, illud ad extraneum heredem teſtamento inſtitutum, veluti coniugem transmittat? itane matre poſteà defunctâ conſolidetur uſus fructus in perſonâ heredis extranei.*

SIcut *ſuprà capite nono, in primo ordine ſuccedentium*, ad extremum monui quibusdam caſibus fallere regulam quod liberi parentibus ſuccedant: ita etiam viceversâ de hoc ſecundo ordine videlicet aſcendentium, ſimiliter notandæ ſunt quædam cauſæ, ob quas parentibus ſua ſucceſſionum jura, quæ regulariter habent, vel in totum adimantur, vel certè minuantur ac deteriora conſtituantur.

Prima † igitur cauſa amittendæ ſucceſſionis ab inteſtato in perſonâ matris vel aviæ, hæc eſt, ſi tutorem liberis ſuis intra annum non petierint. *l. 2 § ſi mater. 23. ff. ad SC. Tertull. §. ſed quemadmodum, Inſtit. eod. tit.* ubi latiùs hoc expoſui. Videatur etiam *Authent. matri & aviæ. C. quando mulier. tut. off fung. poſſ. & authent. eisdem pœnis. C. de ſecundis nuptiis.* Eſt enim hoc generale, ut quicunque ad ſucceſſionem pupilli mortui vocatur, is tutorem quoque ipſi petere debeat intra annum ſub pœnâ privationis ſive amittendæ hæreditatis. Si enim petere tutorem neglexerit, tunc omnis ab inteſtato ſucceſſio, quemadmodum etiam ex

1

substitutione pupillari, ipsi denegatur, si impubes mortuus sit. *l. 10. sciant. C. de leg. t. hæred. & l. 2. §. Divus ff. qui pet. tut.* Videatur etiam Forsterus *lib. 7. cap. 16.* ubi ordine quoque exponit quinque exceptiones, sive casus, quibus pœna ista privationis cessat.

2 Secunda † causa ob quam successio amittitur, est si mater vel avia, quæ semel in viduitate sua tutelam liberorum suscepit, (hoc autem ipsas facere posse docebitur *infrà parte sequenti, quæ erit de tutelis.*) ad secundas transierit nuptias, non priùs petito alio tutore liberis suis. *d. Auth. eisdem pœnis, C. de secund. nupt.* Forsterus *d. c. 16. n. ult. lib. 7.*

3 Tertia † causa est, vita luxuriosa & impudica parentum post mortem prioris conjugis: quam causam latiùs explicat Forsterus *c. 15. d. lib. 7.*

4 Quarta † causa est, in secundis nuptiis præmaturis, hoc est, intra annum luctus contractis. Harum enim pœna inter cæteras (de quibus *supra* diximus *parte quartâ*) Est etiam ista, quod talis parens privatur successione liberorum suorum *l. 1. & 2. C. de secund. nupt.* videatur Forsterus *d. lib. 7. cap. 9. in pr.* Moribus tamen nostris illa tempora luctus passim locorum sunt deminuta, ut alias monui, *d. parte 4.*

5 Quinta † causa, non quidem omninò privandi parentes successione, sed tamen illam minuendi, est in secundis nuptiis quibuslibet, etiam non præmaturis, neque festinatis: ut latiùs exponitur *ad l. 3 fœmina. & leges atque Authenticas sequentes. C. de secund. nupt.* verbi gratia mater vidua si iterùm nupserit, tum in bonis à patre profectis, usumfructum tantùm habet (quod benè notandum, & moribus etiam nostris observatur) proprietatem verò fratribus & sororibus defuncti, id est, reliquis liberis suis relinquere cogitur: in cæteris tamen bonis, quæ aliundè quàm à patre acquisivit plenam habet proprietatem unà cum defuncti fratribus & sororibus: ut præter alios docuit Hotomannus *ad extremum t. Inst. d. hæredit. quæ abintestato defer.* allegans *Nov. 22. 84. & 118.* videatur etiam Forsterus *d. cap. 9. & inprimis cap. 10. num. 11. & c. 11. §. 12.* Hæc tamen pœna secundarum nuptiarum remittitur parentibus, si in secundas nuptias consenserint vel defuncti conjunx vel liberi prioris matrimonii vel eorum tutores & proximi cognati de quo vi leri potest constitutio Electoris Palatini, *part. 4. tit. 7. §.* Nachdem auch in gemeinen Rechten, &c.

Hic † ad extremum non possum intermittere, quin adiiciam insignem
6 quæstionem controversam, quæ de facto oblata est aliquando ad decidendum Collegio nostro, de hac ipsa pœna secundarum nuptiarum Quæritur inquam, an filius vel filia primi matrimonii præmoriens sine liberis & facto testamento, in quo instituerat hæredem conjugem ex asse, (præmoriens, dico, matri) quæ ad secundas nuptias transierat, atque ita per secundas nuptias amiserat proprietatem lucrorum nuptialium, quæ à priori marito perceperat, transmittat illam proprietatem ad hæredem extraneum, videlicet conjugem, ita ut matre postea defuncta consolidetur ususfructus in personâ hæredis extranei. De hac quæstione dissentientes sunt celebrium Doctorum sententiæ: Nam pro affirmativâ, facit Matthesilanus *in tract. de success. ab intest. in secundo artic. princip. n. 22. &*

n.22 & seqq. Johan Garronius *in repetitione Authentica ex testamento.n.79.& seqq. C.de secund.nupt.* & Johan.Nicolai *in repetit.l.generaliter.n.102.cum seqq.C.d.t.* & Anton.Gabrielius Romanus *com. concl. lib.3. tit. de secund.nupt.conclus.1. n.23. & conclus.3.n.29.* ubi plures allegat,& *in fine eiusd.num.* hanc magis communem dicit opinionem : pro qua tunc etiam amico cuidam respondimus in facultate nostra. Contrà pro sententia negativa stant Ludovicus Bologninus *in addit.ad Matheſilanum.* item Ambros.Schürerius *in tract.ſucceſſ.ab inteſt.pag.178.limitatione 2.*

CAPUT XIII.

De Tertio ordine ſuccedentium, videlicet propinquorum à latere ſeu ex transverſo conjunctorum defuncto ; Die jhme von der Seiten oder Zwerchlinien verwanth ſeind.

SUMMARIA.

1 *Diſtinctio caſuum.*
2 *Tria genera fratrum & ſororum.*
3 *Fratres utrinque coniuncti præferuntur iis, qui ex uno tantùm latere coniuncti ſunt defuncto.*
4 *Non etiam præmortuorum fratrum utrinque coniunctorum liberis.*
5 *Filii fratrum utrinque coniunctorum præferuntur fratribus defuncti, ex altero tamen parente eidem coniunctis.*
6 *Repræſentationis ius in linea collaterali non producitur ultra fratres.*
7 *Diſtinctio caſuum de concurſu fratrum ex altero tantùm latere coniunctorum.*
8 *Fratres defuncto per unum eundemq; parentem coniuncti quomodo ſuccedant?*
9 *Quid iuris, ſi frater uterinus cum conſanguineo concurrat?*
10 *Si concurrant, ab una parte fratres conſanguinei, ab altera uterini, quid iuris? ubi & de illo brocardico,* PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS.
11 *Diſtinctio caſuum relictis fratrum liberis.*
12 *Thij quinam dicantur, & quæ nominis ratio?*
13 *Si filii fratrum ſoli ſint, quomodo ſuccedant?*
14 *Si fratrum filii concurrant cum patruis vel avunculis defuncti?*
15 *Si filii fratrum concurrant cum nepotibus fratrum?*
16 *Quomodo cæteri deinceps cognati agnatiçe ſuccedant?*
17 *Cognati hodiè etiam ultra ſextum ſeptimum gradum ius ſuccedendi habent.*
18 *An ultra decimum gradum locus ſit ſucceſſioni?*
19 *Coniugis iuri nihil detrahitur per aliorum cognatorum concurſum.*
20 *Differentia Iuris Civilis & Canonici, remiſſivè.*

RElatum eſt ex ſuperiori partitione, ut poſteaquam de ordine deſcendentium & aſcendentium ſatis pro inſtituti ratione diximus, etiam de collateralibus ſeu tranſverſalibus propinquis videamus quomodo illi ſuccedant. Et hîc quoque rem omnem certis includemus enunciationibus, per numeros diſtinctis.

1 I. † Si quis moriatur nullis relictis deſcendentibus nullis etiam aſcendentibus, ſed aliis tantùm à latere conjunctis : tunc aut fratres aut ſorores extant: aut fratrum ac ſororum liberi : aut ulteriores cognati : De quibus ordine ac diſtinctè videndum, quo pacto quiſque eorum ſuccedat.

Digitized by Google

2 II. † Fratres, aut sunt sibi invicem utrinque conjuncti, aut non utrinque conjuncti, sed per unum duntaxat parentem: quorum illi vocantur à Latinis, *Germani*: à Græcis ἀμφιθαλεῖς, à Germanis. Brüder von voller Geburt: item, Geschwistrigt von beyden banden. (hoc enim vocabulo geschwistrigt Germanica lingua tàm fratres, quàm sorores designat.) Isti à Græcis uno vocabulo dicuntur ἑτεροθαλεῖς, ut etiam à Germanis stiefbrüder, item, halbbruder, oder halbschwester: item, stieffgeschwistrigt: suntque vel per patrem tantùm conjuncti, quem unum & communem habent, & hi à Latinis *consanguinei* vocantur, vel per matrem tantùm, quam habent unam & communem: & hi Latinis sunt *fratres uterini*, quasi quibus præter uterum eundem matris suæ nihil sit commune (quia de patre nihil participant,) à potiore enim hîc quoque fit denominatio. Jam quæ inter primi generis fratres versatur necessitudo, duplici astricta vinculo, ea appellatur *germanitas*: quæ inter secundi generis fratres, *consanguinitas*: quæ inter tertii generis fratres, *uterinitas*: quibus quidem vocabulis docendi causa fictis, etiam elegantissimus & doctissimus Hotomannus uti non refugit, quem videre licet *ad tit. Instit. de legit. agnat. succes. cap. ult. n. 9.*

3 III. † Fratribus ac sororibus germanis primo loco defertur hæreditas, quoties defunctus ab intestato nullos reliquit neque liberos neq; parentes superstites: & hi præferuntur aliis fratribus ac sororibus ex uno tantũ parente conjunctis, sive illi sint consanguinei sive uterini, *Nov. 84. c. 1 & Auth. Itaque mortuo. C. communia, de succes.* Quo jure novissimo multa loca juris anterioris expunguntur per Justinianum: Nam ante ipsum fratres consanguinei non erant deterioris conditionis, quàm germani: quod & Balduinus rectè admonet *in Justin. ad Nov. 118.* cumque germani excludant consanguineos & uterinos multò magis excludũt alios agnatos & cognatos ulteriore gradu defuncto cõjunctos.

4 IV. † Fratrum tamen utrinq; conjunctorum præmortuorum filii, unà cum germanis admittuntur ad successionẽ in stirpes jure repræsentationis quo intrant in locũ suorũ parentũ prædefunctorum *Nov. 118. c. 3. & Auth. cessante. C. de legit. hered.* Idem juris erat etiã in secundo ordine ascendentiũ de quo *suprà* dixi.

5 V. † Filii fratrum utrinque conjunctorum præmortuorum, præferuntur etiam fratribus defuncto per alterum tantùm parentem conjunctis, hoc est, consanguineis vel uterinis, eosque excludunt: non obstante eo, quod fratres defuncto sint proximiores, quàm fratrum filii, quorum illi sunt in secundo, hi in tertio gradu. *d. Authent. cessante. vers. & quidem predicti. C. de legitim. hered.* quæ Authent. partim ex *Novel. 118.* partim ex *Nov. 127.* decepta est. Sed non tàm hîc attenditur proximitas gradus, quàm & repræsentatio & firmitas vinculi. Duplex enim vinculum, quod est in fratrum utrinque conjunctorum filiis, firmius est uno ac simplici quod fratres ἑτεροθαλεῖς cõnectit cum defuncto. Quid, quod etiã ante Novellas non semper in successione potiora jura habebat proximior cognatus? ut docet Imperator *in §. repetitis. Inst. de Grad.* (aliàs est *titulus de servili cognatione.* vide etiam Cujacium *in Parat. Cod. de legit. hered.* Sed† hîc illud quoque notandum est, repræsentationem in linea collaterali non produci ultra filios fratrum: quod Imperator satis Emphaticis verbis semel atq; ite-

6

rum

rum teſtatur, *in d. Novell. 118. c. 3. verſ. hujuſmodi verò privilegium. & verſ. nulli enim alii.*

VI. † Fratres plures non utrinque conjuncti, aut ſunt ex uno eodemque parente conjuncti, aut ex diverſis parentibus: id eſt, vel extant tantùm conſanguinei fratres, vel uterini tantùm: vel concurrunt permixtim liberi diverſorum parentum, hoc eſt, uterini cum conſanguineis. de quibus diſtinctè videndum. 7

VII. † Si defunctus reliquerit fratres ex uno eodemque latere ſeu parente conjunctos puta qui eundem ſecum patrem habuerunt vel matrem: hi & ipſi æqualiter ſuccedunt defuncto, ſi ſint ſoli: & cum ipſis vocantur filii fratrum eiuſdem generis, ſi extent, qui in ſtirpes ſuccedunt. Atque hi excludunt patruos, alioſque cognatos & agnatos defuncti. *Authent. poſt fratres. la. 1. Cod. de legit. hered. Forſter. lib. 8. c. 8. concluſ. 3. n. 6.* 8

VIII. † Filius fratris uterini præfertur conſanguineo, in bonis defuncti maternis. *Forſter. d. c. 8. concl. 4. n. 7.* 9

IX. † Si concurrant ab hac parte fratres conſanguinei, ab illa fratres uterini, tunc conſanguinei quidem ſuccedunt in bona quæ defuncto à patre communi obvenerant, à quorum participatione excludunt uterinos: uterini contra, in bonis, quæ à matre obvenerant defuncto ſuccedunt ſoli, excluſis ab eorum communione conſanguineis. Utriusque verò generis fratres pariter admittuntur, id eſt, uterini cum conſanguineis ad bona aliundè acquiſita: Sic enim communiter interpretes acceperunt. *l. 13. de emancipatis. §. 2. Cod. de legit. hered.* Videatur Graſſus *in Theſaurorecep. ſentent. q. 32. num. 1. in §. ſucceſſio ab inteſtato.* Ambroſ. Schürer *tit. 12. ampliat. 7. tractat. de ſucceſſ.* Forſter. *libr. 8. de ſucceſſ. cap. 8. concluſ. 2. num. 2. & ſeqq & concluſ. 4. num. 7.* Hugo Donellus *libr. 9. Comment. cap. 4* Borcholt. *de Grad. pag. 244. cum ſeqq* Hotoman. *ad finem titul. de legit. agnat. ſucceſſ. num. 6.* item *in partitionibus Iuris Civilis.* Cujac. *in parat. C. de legit. hered.* Idem *in conſultat. 23. & in expoſitione Novell. 84.* quam etiam communem eſſe teſtatur Matth. Gribaldus *in verb. fratres.* ut etiam Philip. Corneus *conſ. 266.* qui omnes ſequuntur Accurſium *ad d. Authent. poſt fratres la. 1. in verbo, filii eorum.* Sed non debeo hìc diſſimulare pro mea fide, etſi hæc, quam dixi, communis eſt ſententia, uterinum ſuccedere in bonis, quæ defunctus à matre eſt conſecutus, & conſanguineum in illis, quæ à patre habuit. (quam ſententiam ſoleo memoriæ cauſa hoc verſu complecti: 10

Maternis cedant materna, paterna paternis,)

Tamen ab ea recedere Andr. Fachinæum *libr. 6. controverſ. juris cap. 5.* poſt Fulgoſium & Corneum *ad Authenticas*: per rationes, meo judicio, minimè frivolas aut contemnendas: quæ apud ipſum videri poſſunt. Adhibeatur etiam Mynſingerus *ad §. cæterùm. n. 8. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* & Weſenb *in addit. ad Schneidew. ſub rubrica de ſucceſſ. cognatorum.* item Gothofr. *ad d. l. 13. de emancipatis. Cod. de legit. hered.*

X. † Si

11 X. † Si defunctus reliquerit superstites filios fratrum, hi aut soli sunt: aut concurrunt cùm patruis vel avunculis, item cum amitis vel materteris defuncti, aut cum nepotibus fratrum defuncti; de quibus ordine videndum
12 est quo pacto quisque succedat. Hoc tamen præmitto, † quòd non tantùm Justinianus ipse *in Novel 118.* θείους appellet fratres & sorores parentum, (qui sunt vel patrui, vel avunculi, vel amitæ, vel materteræ.) Sed eandem quoque vocem retinuit vetus Interpres Latinus, ut videre est *in d. Novel. 118. cap. 3* ubi *Thii masculi paterni* sunt patrui. *Thii masculi materni* sunt avunculi: sub *Thiis fœminis paternis* intelligere debemus amitas: sub *Thiisfœminis maternis* intelligendæ sunt materteræ. Sed hoc amplius, investiganda est ratio horum nominum, cur inquam, hi appellentur *Thii*. Notum est enim, aliàs θεῖον adjectivè usurpari à Græcis *divinum*. Quidergò, inquiet quispiam, commune habent fratres & sorores parentum cum divinitate præ cæteris hominibus, unde *divini* vocari debeant? cùm nomina oporteat esse consequentia rebus. §. *est & aliud. vers. sed nos plenissimo. Inst. de donat.* Rationem appellationis, cur, inquam, parentum nostrorum fratres & sorores, (id est patruum, avunculum, amitam & materteram.), Vocem θεῖος docuit me eruditissimus Simplicius *in Commentario ad Enchiridion Epicteti*: cujus hæc est sententia, ipsos quidem parentes nobis loco Deorum esse: veruntamen in eorum persona abstinere nos à Dei appellatione, idque veneratione divini numinis. Sed tamen, ut de hac ipsa præstantiâ & honore Divinitatis, quem in parentibus agnoscere debemus, ac venerari, admoneamur in ipsorum fratribus ac sororibus: idcircò ipsos appellari θείους. Quæ sanè aurea est observatio.

13 XI. † Si filii fratrum sunt soli, tunc omnes defuncto, id est, patruo suo succedunt æqualiter, sive in capita. Sopita enim est per constitutionem Caroli V. Anno 1529. (In Reichs Abschieden / zu Speyer) antiqua illa & decantatissima controversia hac de re inter Dd. quorum aliqui putabant, divisionem in fratrum filios, si soli extent, fieri debere in stirpes: aliis contrà (& solidiùs quidem) defendentibus, successionem in capita. De qua controversia hîc repeti possunt, quæ pleniùs tractavi in partitionibus Feudalibus, *l. b. 1. cap. 16. quæst. 9. & 4. seqq.* Conferatur quoque Johan. Vaudus *lib. 1. quæst. 24.* Franc. Hotomannus *Illust. quæst. 14* Balduinus *in Justinian. ad Nov. 118. pag. 507.* Borcholt. *de Grad. pag. 240.* & Andr. Fachinæus *lib. 6. controvers. Iur. c. 3.* item Hen. Gœden *consil. 68.* ubi testatur, sententiam Azonis de divisione in capita consentaneam esse etiam Juri Saxonico, & secundū illam semper pronunciare solitos Scabinos Magdeburgenses & Lipsenses. Quod consilium tantò libentiùs allego; quia ab aliis præteritum est: & quia scriptum à præstanti illo Jurisconsulto, etiam ante, quàm Carolina illa constitutio ederetur. Atque hæc ratio succedendi in capita probatur etiam in constitutione Electorali Palatina *parte 4. tit. 9.* §. hette aber der Verstorbene &c. in Reformation. Norimberg. *tit. 35. l. 7.* quamvis Johan. Oldendorpius *in Epitome succes. ab intest. num. 20.* contrariam sequatur sententiam quæ fuit jam olim Accursii & Bartoli, de successione in stirpes.

14 XII † Si fratrum filii concurrant cum patruis, vel avunculis defuncti: tunc:

unc filii fratrum præferuntur Thiis, non obstante eo quòd utrique pariter in tertio gradu conjuncti sint defuncto. Cujus hæc est ratio, quia magis debetur hæreditas descendentibus, quàm ascendentibus. Videatur Forsterus *libr. 8. c. 9. n. 1.* Hotomannus *in append. ad tit. Inst. de legit. agnat. succes. n. 8.* & Bilduinus *pag. 569. in Justiniano.* Circa quod tria velim diligenter observari: Primò, casum, quo aliqui pares licet in gradu, non tamen pariter admittantur ad successionē: quod exemplū præbet ad §. *repetitæ. Inst. de Grad.* Secundò observandum, multò facilius deferri hæreditatem descendentibus, quàm ea recurrat ad ascendētes. Tertiò, etiam in linea transversa esse ordinem descendentium & ascendentium & non solùm in linea recta; quamvis in hac crebriùs, quàm in illa vocabulis iis uti consueverimus.

XIII. † Si filii fratrum concurrant cum nepotibus fratrum, tunc illi hos excludunt, etiamsi filius sit fratris ejus, qui unà tantum ex parte contingebat defunctum, & nepos sit ex fratre utrinque conjuncto. Forsterus *d. cap. 9. n. 1.* & Jac. Menochius *consil. 577. n. 1.* 15

XIV. † Si defuncto nulli sunt, neque fratres aut sorores, neque ex utroque parente conjuncti, neque ex altero tantùm. Sed neque fratrum aut sororum liberi: tunc ex cæteris propinquis qui sunt ultra eos, admittuntur illi qui sunt gradu proximiores, & excludunt remotiores. Admittuntur autem sine discrimine sexū, mares sint an fœminæ sine discrimine itē agnationis & cognationis, h. e. nō attento eo an per mares, an per fœminas defuncto conjuncti sint. Hoc n. discrimen agnationis & cognationis non est à natura, sed à Jure Civili: Justinianus autem à subtilitate Juris Civilis successiones revocare studuit ad naturæ æqualitatem: quod sæpè testatur, & res ipsa ostendit. Videatur *Authent. post fratres la. 2. Cod. de legit. hered.* per quod jus novissimum tolluntur. *l. 6. & 7. Cod. de legit. hered.* cum aliis plurimis legibus *in D. & Cod.* 16

XV. Non attenditur etiam in ulterioribus cognatis, an uno an duplici vinculo sint conjuncti defuncto: Duplicitas enim vinculi, ultra fratres fratrumque filios non amplius consideratur; sicut nec repræsentatio ultra hos locum habet. Unde sequitur, quod omnis inter hos successio tantum in capita fiat. *d. Authent. post fratres. la. 2. & ibi Dd. C. de legit. hered.* Hotom. *d. locon. 7.* & Borchol. *p. 249. tract. de Grad.* v. g. si concurrant duo patrui, quorum unus sit ex utroque parente alter ex uno tantum, atque ita unico ac simplici vinculo defuncto conjunctis: hoc casu hæreditas defuncti æquis portionibus inter ipsos dividetur, neque vel excludet alterum, vel potiora jura habebit patruus, duplici vinculo conjunctus. Quod probè notandum est quia interdum hac de re controversia oriri solet, sicut memini collegium nostrum ante complures annos ex Francomia hac ipsa de re consultum fuisse à quibusdam Nobilibus. Videatur etiam Schurffius *consil. 62. & consil. 89. cent. 2.* & Schūterus *tit. 12. am. la. 9. tractat. de succes.* Michaël Grassus *in §. successio. q. 31.* & ante hos omnes Bartolus *ad l. post consanguineos. §. legitima. ff. de suis & legit.* quem etiam laudat Cujacius *lib. 2. Feud.* & Phil. Corneus *ad Authent post fratres. colum. 22. C. de legit. hered.*

XVI. Non attenditur etiam hic, unde pervenerint bona ad defunctum Vi-

deatur Forſterus *d. lib. 8. c. 9. n. 9.* Menochius *d. conſil. 577.* & Hieron. Gabrielius *conſil. 155. n. 2. lib. 1.*

XVII. Si plures cognati ſint eiuſdem, vel paris gradus, pariter ad ſucceſſionem admittuntur: & fit diviſio in capita, non in ſtirpes. *d. Authent. poſt fratres. la. 2. C. de legit. hered.*

XVIII. Cùm in ſucceſſionibus per Novellas ſublata ſit differentia agna-
17 tionis & cognationis, ut paulò ante dixi *enunciatione 14.* huic † conſequens eſt, ut dicamus, etiam cognatos hodiè, ultra ſeptimum & ſextum gradum admittendos eſſe: tametſi olim ultra ſextum vel ſeptimum gradum non admitterentur: cùm agnati admitterentur, etiamſi decimo gradu conſtituti eſſent. §. *ult. Inſt. de ſucceſſ. cognat.* Ubi tamen notandum eſt, ſtatutis poſſe antiquam illam differentiam agnationis & cognationis reduci & conſtitui: ſicut de ſtatutis Lombardiæ præter alios teſtatur Ferrarienſis Practicus *in forma libelli pro hereditate ab inteſtato del. p. 217. in antiquiſſima editione (recentes enim editiones omnes ſunt mutilæ.)* quod benè & rectè fieri cenſet: nimirum ut parentelæ, id eſt, familiæ per agnatos meliùs conſerventur. (quod non fit per cognatos.)

18 XIX. † Quod dixi de decimo gradu, hoc ita communiter accipitur ab interpretibus. quaſi is præfinitus ſit ſucceſſioni, & nemo ultra eum admitti debeat. Sed Doctor meus Dominus Borcholten *pag. 250.* aliique recentiores, in quibus & Donellus *lib. 9. Comment. cap. 4.* & Weſenbecius *ad §. ceterum. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ. & in additionibus ad Schneidewinum ſub rubr. de ſucceſſione collater.* item Treutlerus *diſp. 16. 2. vol. theſ. 5. l. t. H.* putant exempli tantùm cauſa nominari *in illo § ult.* decimum gradum pro longiſſimo gradu, & nihilominùs admitti ſucceſſionem agnatorum, etiam in infinitum, quamvis ultra decimum gradum fuerint *arg. §. ceterum. d. t. de legit. agnat. ſucceſſ. & §. amotis. Inſt. t. de ſervili cognat.* (aliàs *tit. de Gradibus*). *& l. 2. & agnati. ff. de ſuis & legit. & Novel. 118. in verb. omnes deinceps.* Mihi communis ſententia magis probatur: ut etiam Balduino *pag. 571. in Iuſtiniano.* & Mynſingero *ad d. §. ceterum. in Inſtitut.* & civi meo Schradero *in tract. Feud. pag. 10. ſect. 19. num. 44.* ubi plures allegat. Videantur etiam Gailius *libr. 2. obſervation. 150.* & Michael Graſſus *in §. ſucceſſio ab inteſta. quæſtion. 33. verſ. ſed quæro.* Quicquid ſit: de eo certè inter omnes convenit, in Feudis agnatos etiam ultra decimum gradum in infinitum ſuccedere: ſed longè alia eſt juris civilis, alia conſuetudinarii illius Feudorum ratio.

19 XX. † Si quis inteſtato mortuus præter fratres alios vè cognatos, viduam quoque ſuperſtitem reliquerit; vel contrà, ſi uxor præmortua maritum reliquerit, & inſuper alios propinquos: concurſus ille de jure conjugis nihil detrahit, quò minùs ea ſuccedat, ut infrà *ſub alio capite* dicam.

20 XXI. † Occurrunt quoq; hîc notandæ inſignes aliquot differentiæ Juris Saxonici à Civili. (Jus Saxoniæ eò ſe extendit, ut valeat etiam in Polonia & Boruſſia, ut annotat Mynſingerus *in quodam conſilio.*) Sed ne nimis longa ſit hæc noſtra tractatio, remitto dominos auditores ad Reinhardum & Fachſium,

sium, qui differentias illas propriis libris exposuerunt: nec non ad Schneidewinum ac Wesenbeccium, *ad Instit.* ex quibus etiam nonnullas collegit & annotavit Treutlerus noster *ad thesin quintam dictæ disputationis voluminis secundi.*

CAPUT XIV.

Resumitur superioris capitis enuntiatio undecima: videlicet, Filios fratrum, quando soli sunt, in capita, & non in stirpes succedere patruo suo: Eaq; sententia plenius, & auctoritatibus & rationibus communitur: Contrariis quoque respondetur argumentis.

SUMMARIA.

1. *Fratrum filii cum soli sunt, non in stirpes, sed in capita succedunt.*
2. *Fratrum filios, cum soli sunt, in capita succedere; non nova est opinio, sed vetustissima veritas.*
3. *Id demonstratur auctoritatibus; Gaij, Pauli, legum Gothicarum, & Iuris Saxonici, &c.*
4. *Idem asseritur argumentis sex fortissimis.*
5. *Refutantur totidem argumenta dissentientium.*

NOndum pœnitet me illorum, quæ hac de re scripsi ante sex septemvè annos, cùm *Partitiones meas Iuris Feudalis* conficerem. Eaque hîc inserta repetam, vel ideò, quia nonnullis locis aut mutilata aut depravata sunt per librarios, ut & alia ejus opusculi non pauca loca, aliàs restituenda suæ integritati. Retinebo autem rationem, quâ tunc utebar, per interrogationem discipuli & responsionem Magistri rem proponendo. Sic igitur ibi est *libr. 1. capit. 16. num. 8. & seqq. per tota 4. folia.* ut sequitur.

8. D: *Quomodò autem filii fratrum succedent patruo?*

M: In † capita, & non in stirpes: de quo vide præ cæteris & Doctorem meum Borcholtum, *pag. 7. num. 82.* 1

9. D. *Quid si filii fratrum non concurrant cum patruo, sed ipsi sint soli, & quidem dispari numero: v. g. ex primo fratre tres, ex secundo quinque, ex tertio sex, &c. qui inter se velint succedere: utro modo fiet successio: an in stirpes, an in capita?*

M: Hac de re olim maxima fuit controversia inter Dd aliis probantibus successionem in stirpes, aliis in capita. Auctores & rationes utriusque sen-

Digitized by Google

tentiæ hîc recitare nimis longum foret: quas videre poteris diligentissimè annotatas ab Antonio Tessauro, *decisione 162.* & Zasio *pag. 8. Epitom. Feud. numero 18. cum duobus sequentibus, & in Intellectibus singularib. item consil. 4. libr. 1.* & Martino Uranio *consil. 16. Tomo 1.* denique apud Forsterum *libro 8. de successionibus cap. 3.* Angel. Mattheacium *libro 2. capit. 7. in Epitome Legat. & Fideicommiss.* & Andream Fachinæum *libr. 6. cap. 3. controvers. Iuris.* Conferetiam Fern. Vasquium, item Mozzium *de Feud. cap. 5. num. 78.* Summa hæc est: Quamvis Accursius, sibi ipsi non satis constans, *in l. 14. & in Auth. cessante. C. de legit. hered.* eumque secuti Bartolus *ad l. post consanguineos. §. agnati. ff. de suis & legit. & ad §. reliquum, de heredibus ab intestato venientibus. in Authent. collateral. 8. titul. 1.* Baldus, Castrensis, Cynus, Raphaël Cumanus, Angelus, Alexander, & recens etiam Sonsbeccius *pagin. 9. num. 100. de feudis*, voluerint, filios fratrum, (idem est etiam in liberis sororum, seu consobrinis in bonis allodialibus) inter se, id est, quando soli sunt, in stirpes succedere patruis & avunculis suis, velut parentum loco, & non in capita: tamen veriorem esse sententiam contrariam, *Azo in Summa. C. de legit. hered.* quam idem Azo etiam repetiit *in Commentariis ad singulas leges. Cod. ad d. Authent. C. d. tit.* & Johannes Faber *in Breviar. ad eandem Authenticam, num. 2.* ac secutus est Roffredus, item Jac. de Butrio, & Zasius *dictis locis.* de qua re ut tandem cessarent tot digladiationes Interpretum, Imperator Carolus V. authoritatem suam laudabiliter interposuit, in Comitiis Spiræ habitis, Anno 1529. promulgatâ constitutione quâ disertè confirmavit sententiam Azonis. Constitutionis illius verba vide In Reichs Abschied *de anno 29.* quæ etiam referuntur à Valentino Forstero, *lib. 2. de succes. cap. 3.*

10. *D. Ergò, quantum intelligo, ex jure novissimo, idest, ex Constitutione Carolinâ jam succedunt filii fratrum, & sororum in capita, cùm olim successerint in stirpes?*

2 M. Ita † quidam putant, hoc esse jus novissimum: in quibus sanè nollem esse D. Wesenbecium *in cap. 6. de Feud.* ubi non satis cautè vocat novam hanc opinionem, cùm sit vetustissima; non opinio, sed veritas, ut mox probabo. Sed sæpè ita fit, ut quæ vetustissima sunt, ea, postquam aliquandiu incognita latuerunt, tandem cùm rursus proferuntur in lucem, videantur nova esse; quod etiam in religionis negotio non rarò accidit. Nam & olim paganis religio Christiana habebatur pro nova quadam superstitione; cùm esset vetustissima, non superstitio, sed divina veritas; quod falsum crimen novitatis eruditè refellit Arnobius *libro secundo contra gentes.* ubi post alia sic scribit: *Omnipotens, & primus DEUS novella vobis videtur res esse? & qui eum venerantes colunt, inauditas, incognitas, repentinas agitare, atque inducere religiones? estnè illo antiquius quidquam?* Et mox: *Non ergo quod sequimur novum est: sed nos serò addidicimus, quidnam sequi oporteat, & colere, aut ubinam spem salutis affigere, & salutaria subsidia collocare, &c.*

11. *D. Sed*

11. *D. Sed quibus locis demonstras, hoc jus olim etiam obtinuisse, ut filii fratrum, si sint soli, succedant æqualiter in capita, & non in stirpes?*

M. † Docent hoc apertè ista loca: ut; *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. l. 1. §. ult. ff. si pars hered. § si plures, & ibi Theophi. Inst. de legit. agnat. succes. Vlp. in fragm. t. 26. §. agnatorum. Cajus lib. 2. in fragm. Instit. t. 8 §. regulariter vers. item si in verbis, Omnes quidem fratrum filii patruus suo ab intestato succedunt, sed non in stirpes, sed in cap. ta.* His accedant duo clarissima loca ex *tit. 16. de legit. succes. in libello, cui titulus est Lex Dei collata cum legibus Romanis, à Petro Pithœo primum edito:* Unus ex Caij Institutionibus alter ex sententiis Pauli decerptus. Sed operæ pretium est, ipsamet eorum verba audire. Sic igitur Cajus *lib. 3. Instit. Quod si defuncti nullus frater extet, sed sint liberi fratrum: ad omnes quidem hereditas pertinet, sed quæsitum est, si disparinumero sint, (fortè nati ex unonum vel duo; & ex altero tres vel quatuor) utrum in stirpes dividenda sit hereditas; sicut inter suos hæredes juris est, an potius in capita. Jamdudum autem placuit in capita dividendam hereditatem. Itaque quot quot erunt ab utraque parte personæ, tot portiones fient.* Sic enim pro eo, quod vulgo legitur, *fuerunt*, restituit Pithæus: Hotomannus verò Illustr. *quæst. 14.* legit; *erunt.* Possis etiam pleniùs, *faciendæ erunt.* Quæ Caij verba, si conferas cum iis, quæ ex ejusdem decurtatis ab Aniano Institutionibus paulò antè retuli, facilè intelliges quantum distent æra lupinis, & quomodo carbones pro thesauro nobis obtruserit, quisquis ille fuit truncator. Alter est locus Pauli descriptus ex *lib. 4. sent. tit. de intestator. succes. Sed si,* (inquit) *duorum fratrum sint liberi, non in stirpes, sed in capita hæreditas distribuitur, scilicet ut pro numero singulorum viritim distribuatur hereditas.* Quæ postrema verba: *scilicet ut pro numero* putavi aliquando non esse Pauli, sed alicujus glossatoris, qui sic voluerit interpretari, quod Paulus breviter scripserat: *In capita hereditas distribuitur.* Hotomannus tamen *d. quæst. 14.* ea retinet, quasi essent ipsius Pauli. Sed pro *viritim* (quod prius corruptè legebatur *virium*) non dubitat ipse, quin reponendum sit *marium*; ut scilicet fœminas excludat. Quæ lectionis mutatio mihi minimè probatur. Imo sive Pauli ipsius ea verba sint, sive alicujus Interpretis, omninò retinendum contendo, *viritim*: nam & apud Ciceronem *in 3. Tuscul.* Cæsarem *lib. 1. de bello Gall.* & Suetonium *in Caligula c. 18. & 46. viritim dividere*, vel *distribuere*, est æqualiter, & in singulos pro virilibus portionibus partiri, quod Græcis est κατ' ἄνδρα, item κατὰ ἕνα ἕκαστον, ut rectissimè vetus glossarium exponit. Seneca quoque *l. 5. natural. q. c. 7.* inter se opponit *in universum dicere, & viritim discutere. Pro virilibus portionibus* (quo Impp. utuntur *in l. 2. C. de suis & legit.*) idem quoque valet quod *viritim.* Præterea hoc jus jam olim obtinuisse disertè scriptum reperies apud Constant. Harmenopulum *lib. 5. cap. 8.* quem & Cujacius *ad 2 Feud. 11.* & Hotomannus *d. quæst. Illust. 14.* laudant. Denique argumento nobis esse possunt etiam Gottorum leges, in quibus ferè omnia ex jure civili petita esse solent. In his autem *lib. 4. t. 2.* ita continetur expressum; *Qui moritur, si fratres & sorores non reliquerit, & filios fratrum, vel sororum reliquerit, si ex uno fratre sit unus filius, & ex uno fratre, vel sorore forsitan plures: omnem hereditatem defuncti percipiant, & æqualiter per capita dividant portionem.* Videatur Cujacius *ad t. t. 11. lib. 2. Feud.* ubi etiam

judicium ſuum interponit ſuper illo Codice legum Gotticarum. Taceo hic jus Saxonicum quod eandem ſententiam ſequitur *lib. 1. Landrecht. art. 17.* ut teſtatur etiam Henning Gœden *conſil. 68.* ubi ait Scabinos quoque Magdeburgenſes & Lipſenſes ita pronunciare ſolere. Ex quibus omnibus facilè jam intelligis, non debere cuiquam videri novam eam opinionem, quam & Zaſius & aliquot ante ipſum annis Martinus Uranius *d. conſ. 16.* fortiſſimè propugnavit: Et Imp. Carolus V. ſua conſtitutione comprobavit; & denique etiam Galliæ Parlamenta ſecuta ſunt, teſte Hotomanno Fornerio, *c. 13 de Feud. reg. 7.* & aliis, & docent Joh. Paponius, *lib. 21. arreſtor. t. 1. arr. 10. & 2. ſeqq.* Lucius *lib. 8. t. 10. arr. 5.* Sicut ſolent Galli Romanarum legum majeſtatem comiter conſervare, nõ tàm auctoritati, & ſanctioni earum aliquid in ſe permittentes, quam rationi & æquitati ſe ſubmittentes: ut elegãter ſcribit Pithæus *in præfat. ad Chriſtoph. Thuanum præfixâ libello* LEX DEI, *&c.* Animadvertis inquam, non hoc jus novum, aut novam opinionem, ſed potiùs vetuſtiſſimam eſſe ipſamque adeò veritatem altercationibus interpretum obſcuratam ac ſepultam propemodum, quam Zaſius, aliique ſummi viri in lucem revocarunt, cui proinde firmiter adhærere debemus.

12. *D. Quanquam mihi ſufficit, & vetuſtatis, & Imperialis ſanctionis authoritas: tamen quò meliùs poſſim contradictores refellere, (audio enim adhuc eſſe, qui etiam poſt repertas fruges ad glandes redire malint, hoc eſt qui pro illâ alterâ ſententiâ, & ſucceſſione in ſtirpes, propugnare non deſinant) his igitur, ut ſatisfacere poſſim, cupio exte audire, & quæ ſint veræ ſententiæ hujus fundamenta: & quo pacto contrariis argumentis reſpondendum ſit?*

4 M. † Poteras quidem utriusque partis fundamenta petere ex Zaſio, Hotomanno, Martino Urãnio, Forſtero, & aliis ſuprà laudatis: Sed quia tamen ex me quoque hæc audire deſideras; age ſatisfiat tibi: & breviter ſubducam ea, quæ prolixiùs ab aliis diſputantur: nonnullis etiam novum lumen inferre ſtudebo. Prima igitur, & præcipua illa hujus juris eſt ratio, quia nusquam fit diviſio in ſtirpes, niſi ubi locum obtinet ſucceſſio in locum parentum. Atqui inter agnatos (ut ſunt hoc caſu fratrum filii, ſeu patrueles) leges 12. tabb. nullam inſtituerunt ſucceſſionem in locum parentum *arg. l. 3. C. de legit. hered.* ex quâ lege patruus excludebat fratris filios. Ergo inter eos non poteſt fieri diviſio in ſtirpes, ſed tantùm in capita. Vel breviùs ita concludemus: diviſio in ſtirpes nititur jure repræſentationis: Ergò ubi repræſentatio locum non habet, ibi nec ipſa diviſio in ſtirpes locum habebit: tanquam ſcilicet fundamento ejus ſubtracto ac deficiente. Hîc autem deficit repræſentatio, nam quisque ex fratrum liberis venit ex proprio, & ſuo, non ex parentis ſui jure. Ergo etiam deficit diviſio in ſtirpes, & hæreditas in capita potius dividetur. Secundò hoc jus non reperitur uſpiam mutatum, aut abrogatum. Ergo manere cenſetur. *arg. l. ſancimus. Cod. de teſtam. & l. præcipimus. Cod. de appell.* Etſi enim Juſtinianus *in Nov. 118. §. ſi igitur defunctus*, jus repræſentationis conceſſit etiam fratrum liberis, ut in parentum ſuorum locum ſubeant, & in eorum jura ſuccedant: tamen hoc beneficium, &, ut ipſe vocat, φιλάνθρωπον, hoc eſt privilegium, non omninò neque indiſtinctè

ſtrictè ipſis indulſit. ſed limitatè ac definitè, videlicet tunc demum, quando filii fratrum cum propriis πάτρωσι, id eſt, patruis ſuis, qui erant defuncti fratres, concurrunt. *v. d. a. Nov. 118. c. 3. v. ſed & tùm.* Quare cum jus novum ſit ſtrictè accipiendum, neque extra ſuos terminos trahendum, ſi non concurrant liberi fratrum, cum patruis, ſed ipſi ſint ſoli, non erit hoc caſu ad ipſos privilegium iſtud porrigendum. *arg. l. 14. D de Reg Jur. & l. 1. D. de conſt princ.* Tertiò nulla quoque ratio fuit, quæ Imperatorem moveret, ut idem tribueret fratrum filiis ſolis quod conceſſit illis inconcurſu cum patruis. Ibi namque erat illa ratio ne nimium adimeret patruo, id eſt defuncti fratri ſuperſtiti, qui ante illam Novellam fratris ſui hæreditatem totam ſibi retinebat, excluſis fratrum prædefunctorum liberis, tanquam gradu remotioribus. *l 3. C. de legit. hæred. § ſi plures. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* Ceſſante igitur ratione legis, meritò etiam ipſa legis diſpoſitio ceſſabit. Quartò: præterea animus erat Juſtiniano conſulere fratrum liberis eo tantum caſu, quo anteà per jus commune negligebantur, atq; à ſucceſſione per patruum excludebantur. *d. l. 3.* non autem, quo caſu jam anteà ſatis erant tuti jure communi, id eſt, quando ſoli eſſent neque cum patruo concurrerent. Jam enim quia omnes pari gradu ſunt, pariter etiam, & æqualiter vocãtur ſicut & jure veteri ante prædictas *Novellas* 118. & 127. ſemper vocati fuerunt. *fac. l. 16. in cauſa. D. de Minor.* Quintò: Adhæc rationis eſt, ut quibus proximorum nomen æquè competit, quique æquè jure ſuo veniunt, æquas etiam ferant partes. Cum autem alii ex legis aut ſtatuti verbis ut proximi vocantur, alii ſucceſſionis, ſeu repræſentationis quodam jure ex aliorum perſona veniunt, æquitas poſtulat ut & illis pars integra ex lege conſervetur, & his conjunctim non plus juris deferatur, quàm ille habiturus eſſet, cujus in locum partemque ſuccedunt, id eſt, cujus perſonam repræſentant: ut eruditè Petrus Pithæus *in notis ad d. l. 16.* Sextò: Denique nulla poteſt afferri idonea ratio differentiæ, quare fratrum nepotes ſuccedant patruis magnis in capita, (ut certum eſt omni, & veteri, & noviſſimo jure eos ſuccedere) fratrum verò filii non debeant in capita ſed in ſtirpes vocari. Jam verò ubi eadem eſt ratio, ibi idem quoque jus ſtatui debet. Hìc verò eadem eſt ratio, nempe, quia ſicut fratrum nepotes ad ſucceſſionem patrui magni vocantur jure proprio, & ex ſuâmet perſonâ tanquam proximi: Sic filii fratrum, quando ſoli ſunt, ad ſucceſſionem patrui.

13. *D. Intellexi probè, quibus hæc ſententia nitatur fundamentis: Quia tamen vetus lex Attica jubet, utramque partem audire; cupio etiam contrariæ opinionis rationes cognoſcere; & quomodo iis occurrendum ſit?*

M. † Qui contrarium tenent ferè ſuis ipſi acuminibus ſeſe configunt, quippe nimis argutas, atque audaces conjecturas, & interpretationes comminiſcuntur, contra verba, & mentem legislatoris Juſtiniani *in d. Nov. 118.* Nam inde plerasque ſuas rationes, tanquam tela ex pharetra depromunt: quas non erit difficile ex iis, quæ pro verâ ſententiâ jam attulimus, diluere. Cognitâ enim & probè perceptâ luce veritatis, facilè errorum & falſitatis nebulæ diffugiunt & evaneſcunt. Primùm igitur, inquiunt, ex *Novell. 118.* conſtat, filios fratris in ſucceſſione patrui ſui præferri patruo defuncti, eumque excludere. Unde ap- 5

paret

paret ipſis concedi jus repræſentationis, quo in locum patris ſui aſcendant ut ita jam ſecundum gradum obtinere videantur, cum revetà ſint in tertio gradu, perinde ut patruus defuncti. Si in filiis fratrum eſt repræſentatio: Erit ergò in iisdem etiam faciendа diviſio in ſtirpes. Hanc enim peperit repræſentatio. Reſpondebis, eſſe hanc fallaciam ſecundum non cauſam ut cauſam, quod enim patruo defuncti præferuntur fratres filii, id non tàm ex jure repræſentationis fieri putandum eſt, quàm inde quia hereditas ſemper facilius, ac procliviùs deſcendit, quàm aſcendit. Ita rectè Zaſius *p. 8 n. 18* & Hotomannus *d. quæſt. illuſt. 14.* quam rationem etiam Zaſius comprobat auctoritate gloſſæ *in fin. t. Inſt. de ſucc. ſ. cognat.* Taceo, quod caſus ille longè ſit diverſus à noſtrâ quæſtione. Non enim agimus de concurſu filiorum fratrum cum aſcendentibus collateralibus defuncti ut cum patruo, aut avunculo, ſed de fratrum filiis ſolis, inter ſe ſuccedere volentibus. Secundò ajunt, per *eand. Nov. 118.* generaliter jus repræſentationis tribui fratrum filiis & quidem ipſis ſolis tribui. Ergò hoc privilegio gaudebunt ſive ſint ſoli, ſive cum fratre defuncti, eodemque patruo ſuo, concurrant: & per conſequens hæreditatem inter ſe dividunt in ſtirpes, & non in capita. Reſpondeo, illam generalitatem orationis, quæ videtur ſic reſtringendam eſſe ex antecedentibus ex toto contextu Novellæ illius, ut intelligatur ipſis tributum illud privilegium, ſive ut Imp. vocat παρέκβασιν, eo duntaxat caſu, quo cum patruis ſuis concurrunt, non autem ſpecialiter, atque etiam tunc, quando ipſi ſunt ſoli. Breviter: negandum eſt antecedens. Non enim ſimpliciter, non omninò, non indiſtinctè Imp. illud privilegium conceſſit filiis fratrum, ut parentes ſuos repræſentent in omni ſucceſſione: ſed certo quodam caſu, limitatè, reſtrictè, ac definitè: quando ſcilicet unà cum ipſis concurrit frater defuncti qui cum ſit in ſecundo gradu olim excludebat fratris filios, utpote in tertio gradu defuncto conjunctos. § *ſi plures. inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* hodiè verò ex *Nov. 118* ſimul cum ipſis ſuccedunt: Eſtque fallax hæc collectio: Soli fratrum, & ſororum liberi habent hoc privilegium, ut in parentum ſuorum locum ſubeant, & in eorum jura ſuccedant. Ergò etiam quando ſunt ſoli id eſt, extra concurſum cum patruis, eodem privilegio utuntur, & in ſtirpes ſuccedent. Imò contrarium hoc eſt ipſius legislatoris conſilio, & intentioni: qui quid voluerit iſtis verbis: *Hujuſmodi privilegium ſolis concedimus fratrum, aut ſororum filiis, aut filiabus.* ſatis declarant quæ mox ibi ſequuntur: *Nulli autem omninò aliæ perſonæ ex hoc ordine cognationis* (nempe collateralium) *venienti iſtud jus concedimus.* Tertiò inquiunt: poſt fratres demum, & fratrum liberos jubetur fieri diviſio inter cæteros agnatos in capita. *d. Nov. 118. § ſi vero.* Ergo inter ipſos fratrum filios fiet diviſio in ſtirpes. Sed neganda eſt talis conſequentia. Cæteri agnati qui ſunt remotiores fratrum liberis, ſemper in capita ſuccedũt. Ergo fratrum liberi nunquam in capita ſuccedere debent. Imò hi quoque aliquando in capita ſuccedunt cum videlicet ſoli ſunt. Quartò, ſi (inquiunt) fratrum liberos ponamus ſuccedere in capita; inde ſequeretur, quod unius, ejusdemque hæreditas nunc in ſtirpes, nunc in capita divideretur: ut ex Bartolo demonſtrat Hotomannus *illuſt. quæſt. 14.* Hoc autem eſt abſurdum. Sed nihil eſt

Digitized by Google

hil est absurdi, etiamsi pro varietate casuum unius, ejusdemque hæreditas alio, atque alio modo dividatur: ut rectè Hotomannus *d. loco.* ubi etiam negat, agnatorum hæreditates dividi in stirpes: quæ divisio tantum habeat locum inter eos, qui ex defuncti stirpe succedunt, quod de agnatis dici non potest. Et sanè idem sunt, in stirpes & ex stirpibus succedere. *l. 2 Cod. de suis & legit.* Quintò ajunt, fratrum liberi jam olim succedebant in capita. Ergo ex *d. Nov.* hodiè succedere debent in stirpes. Alioquin enim supervacanea esset illius Novellæ sanctio. Sed respondebis, quamvis non totum jus vetus successionum ea Novella immutârit; non ideò tamen ex supervacuò promulgatam esse: propter ea scilicet capita, quæ immutavit, & in quibus à jure anteâ recepto recessit. In cæteris vero retinendum est jus causæ, quod ante eam Novellam obtinuit. *arg. l præcipimus. C. de appell.* Sextò proferunt textu ex *Authent. Cessante. Cod. de legit. hæred.* qui sic habet: *Vocantur primò fratres, fratrisque præmortui filii in stirpes.* Ecce, inquiunt, hîc nulla fit mentio divisionis in capita. Respondendum est. Authenticam illam intelligendam secundum Novellam, ex cujus corpore desumpta est; nempè tùm in stirpes vocari filios fratrum, si concurrant cum patruo, non etiam si sint soli. Quod si auctor *d. Auth.* (qui putatur fuisse Irnerius, qui & cæteras clausulas ex Novellis excerptas, quæ vulgò *Authentica* vocantur, passim Codici Justiniani inseruit:) Si, inquam, hoc sensit Irnerius, fratrum liberos, etiam cum soli sunt, in stirpes succedere: malè, atque imperitè sensit, ac præter mentem Justiniani, auctoris *dictæ Novellæ 118.* Iedoque rectè Azo. Johannes Fabri, aliique, ea verba acceperunt de eo casu, quo cum fratrum filiis concurrit patruus.

Atque hæc hactenus de nobili illa controversia: de qua tamen, utpote per Cæsaream constitutionem decisa, fortasse tàm multa adferre non erat opus.

CAP. XV.

An & quomodo alii fratres & cognati succedant ab intestato, qui non per justas nuptias defuncto conjunguntur.

SUMMARIA.

1 *Fratres adoptivi: quinam dicantur: & quomodo sibi invicem succedant? ubi & de unitis, semissivè.*
2 *Quomodo fratres naturales tantum?*
3 *Quid juris in fratribus spuriis?*
4 *Quid in incestuosis & damnato complexu natis?*
5 *Quæ de fratribus dicta, eadem multò magis in ulterioribus cognatis obtinent.*

POstquam de fratribus & fratrum filiis, aliisve ulterioribus cognatis *præced. cap.* diximus, qui per justas nuptias procreati sibi invicem cõjunguntur: aliquid etiam hîc de illis attingendum est, qui non per illud naturale ac legitimum vinculum, sed aliter conjuncti sunt: Nam & suprà in prioribus duobus ordinibus eandem secuti sumus rationem tractandi, quæ quidem & naturæ conveniens esse videtur.

Digitized by Google

1 Primùm igitur † de fratribus adoptivis seu legitimis tantùm, ut vocant, videbimus. Appellamus enim fratres adoptivos, qui sunt Germanis angewünſchte Brüder/ non eos, quos quis sibi fratrum loco adoptavit: (hoc enim repugnaret naturæ, cujus imitatrix est adoptio: cum frater fratrem ex se non gignat, neque possit per naturam) non etiam eos, qui, ut, vulgò fit, sodalitii jure, fraternitates coëunt, aut etiam per pocula firmant: (Saufbrüder) sed qui ab uno eodemque patre adoptantur loco filiorum: hi, inquam, inter se fratres adoptivi fiunt ac dicuntur. De quibus notanda est primùm hæc distinctio: quod vel adoptantur ab aliquo ascendente, vel ab extraneo. Deinde notanda est regula de successione eorum: fratres adoptivos non aliter sibi invicem succedere, quàm si ab aliquo ascēdentium puta ab avo materno fuerint adoptati: Extranei namque adoptio non tribuit adoptato jura succedendi, quo ad familiam seu cognatos adoptantis, Videatur Oldendorp. *in Ep. tome succeſſ ab inteſt num. 27.* per *l 10. cum in adoptivis, § ſed ne articulum. C. de adoption.* & Schneidewin *ſub rubricâ de ſucceß fratrum legitimorum tantùm*, denique Forsterus *in tractatu ſucceſſionum.* Circa hunc articulum meminerimus etiam juris Consuetudinarii & Statutarii de unione prolium, de qua supra remisi vos ad constitut. Electoris Palatini, & ad tractatum Riccii de unione prolium.

2 Secundò † videndum est de fratribus naturalibus tantùm. Hìc quoque adhibenda est distinctio. Nam vel per patrem tantùm sibi invicem conjunguntur, & diversas habuerunt matres: & tunc sibi invicem non succedunt: vel per matrem tantùm, cùm patres habuerint diversos: & tunc hi naturales uterini succedunt sibi invicem, idque sive soli sint, sive cum aliis legitimè natis concurrant. Videatur Covarruvias *in Epitome ſucceſſionis concluſ. 8. n. 19.* & Treutlerus *theſ. 5. lit. E d. diſput. 16. vol. 2.* Oldendorpius tamen in diversa est hæresi *in ſua Epitome num. 28.* dum scilicet primùm indistinctè ad successionem admittit naturales, sive sint consanguinei sive uterini: secundò in eo quod excludit à successione fratres naturales si cum illis concurrant naturales & legitimi simul, id est ex justo matrimonio nati: cui in neutro assentior.

3 Tertiò † sequuntur fratres spurii sive vulgò quæsiti: hi si ex eâdem sunt matre sibi invicem succedunt: sicut & matri, quamvis meretrici: sin autem ex eodem patre, putà si quis ex duabus vel tribus meretricibus liberos susceperit non succedunt: ut rectè Oldendorpius, *num. 29.*

4 Quartò † fratres incestuosi, adulterini, aliique ex damnato coitu seu complexu nati, ab omni successione penitus arcentur. Oldendorp. *nu. 30.* & pleniùs Schneidewinus *ſub rubricâ de ſucceſſione fratrum inceſtuoſorum.* Videatur tamen & Grassus *q. 34. in fin.* & Covarruvias *d. concl. ſ. 8. n. 19.*

5 Quæ † de fratribus dixi extra justas nuptias conciliatis. Eadem etiam de aliis ulterioribus cognatis eiusdem generis, multò magis intelligenda sunt. Nam si fratribus talibus denegatur successio, multò utique magis deneganda erit aliis, qui sunt remotiores: tametsi circa hoc separanda esse videatur conditio naturalium à cæteris: ita ut illorum melior quàm horum conditio constituatur, &c.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XVI.

De successione viri & uxoris.

SUMMARIA.

1 *Omni liberorum, parentum, ac cognatorum successione deficiente, coniuges sibi invicem ab intestato succedunt; excluso fisco.*
2 *Successio coniugum Iuris Prætorii est, non civilis: præterquam unico casu.*
3 *Ad coniuges successio non devolvitur, nisi deficientibus omnibus sanguine iunctis.*
4 *Si ipsi quoque coniuges sibi invicem sanguine iuncti sint succedunt non tantum ut coniuges, sed etiam ut cognati: dummodò sint proximi.*
5 *Quid legitima vel naturalis successio, in l. unic. C. unde vir uxor.*
6 *Quid sit, proiure antiquo succedere, in d. l. un. C unde vir & uxor.*
7 *Ad successionem coniugibus devolvendam requiritur etiam, ut matrimonium fuerit iustum & ad finem usque vitæ duraverit.*
8 *Coniuges excludunt fiscum.*
9 *Affines ius succedendi non habent, nec excludunt fiscum.*
10 *Coniuges ipsi non sunt affines, sed affinitatis principium præbent aliis.*
11 *Ratio concessæ coniugibus mutuæ successionis.*

DIxi hucusque de tribus illis ordinibus succedentium ab intestato, quos constituit Imperator *in pr. Novell.* 118. quia verò ultra eos alii quoque dantur ordines succedentium, de his proximum est ut jam exponamus: ac primo quidem de viro & uxore quando & quomodo hi invicem sibi succedant. Hoc enim capite prætermisso manca foret hæc doctrina de successionibus ab intestato. Eâ igitur de re † hæc tenenda est regula: 1
Quoties deficit omnis parentum liberorum & propinquorum successio vel legitima vel naturalis, tunc maritus & uxor sibi invicem ab intestato succedunt pro jure antiquo excluso fisco: dummodò tamen & justum fuerit matrimoniū, & usque ad finem vitæ duraverit. Sumitur hæc regula ex *l. unicâ. C. unde vir & uxor* junctâ *d. unicâ. Digest. eod. tit. &* § *sed eas, versic. Aliam verò. Instit. de bonorum possessionibus.* Ex † quo titulo simul observandum est hanc speciem successionis non esse civilem, sed prætoriam: videlicet quæ per bonorum possessionem contingat: quod quem effectum habeat in jure, indicabo infrà *capite proximo, quæst. ult.* Non possum igitur probare quod scribit Johannes Oldendorpius *in Epitome successionis. n. 33.* successionem ad conjuges devolvi jure civili. Certum est enim quod ex jure Prætorio descendat hæc successionis species: non igitur ex jure civili: nisi fortè latissimâ significatione accipias juris civilis vocabulum ut etiam jus prætorium includat: quod sanè aliquando fieri docui *ad tit. Institut. de Iure naturali, gentium, & civili:* sed nusquam lectum est, quòd ea successio, quæ per bonorum possessionem contingit, jure civili devolvatur. Illud tamen libenter concedo, unico casu successionem inter coniuges non esse prætoriam, sed civilem *ex Authent. præterea. C. unde vir & uxor:* de qua dicam *capite sequenti:* idque etiam *in additionibus ad Bartolum* annotatum reperio, *ad l. unicam, C. d. tit. lit. B.* 2

Sed his omissis, explicemus regulam paulò antè propositam, ut res evoluta

Digitized by Google

tantò pleniùs intelligatur. Primum dixi in regulâ: † *Cùm deficit omnis succeſſio parentum, liberorum, & propinquorum*: id eſt, cum nulli ſunt defuncti deſcendentes nulli aſcendentes nulli ex latere conjuncti (quod tamen rariùs contingit: vix enim eſt ut quis ita omnibus cognatis deſtitutus ſit) tunc demum eſſe locum ſucceſſioni conjugum quamdiu enim defuncto ſuperſtites ſunt aliqui conſanguinei ſive ſanguine juncti (ita enim Imperatores latiſſimè uſurpant *conſanguineorum* vocabulum in lege mox allegandâ: quod aliàs à Juriſconſultis multò anguſtiùs uſurpari ſolet) tàm diu conſtat virum à bonis inteſtatæ cõjugis eſſe extraneum, id eſt non ſuccedere. Nam propinquos, ſanguine junctos omnia reſponſa prudentum, & lex ipſa naturæ, ſucceſſores faciunt præ conjugibus *l. ult. C. quorum bonorum.* 4 Quæres, † quid ſi etiam conjuges ſibi invicem ſanguine juncti ſint, ac non tantùm vinculo matrimonii? Id quod ſæpè videri videmus, nempè in gradibus permiſſis. Reſpond hoc caſu vocabuntur quidem non tantùm tanquam conjuges, ſed tanquam cognati: dummodò ſint proximi: ideóque pertinebunt ad tertium ordinem ſuccedentium: de quo ſuprà *capite 13.* Dixi deindein regula: *omnis ſucceſſio vel legitima, vel naturalis*, ex 5 eadem *l. unicâ. C. unde vir & uxor.* Ubi † *legitimam ſucceſſionem* intelligere debemus, eam quæ eſt civilis: putà alicui delata vel ex legibus, vel ex ſenatus conſultis, vel ex reſponſis prudentum, vel ex conſtitutionibus principum, ac reſcriptis, &c. Aliàs verò *legitima ſucceſſio* aliter uſurpatur, nempe pro omni ea quæ ab inteſtato contingit, & alio nomine *juſta* appellatur, ut ſupra dixi initio hujus partis. Contrà, *naturalem ſucceſſionem* hîc vocant Imperatores eam, quæ uſitatiùs dicitur *prætoria ſucceſſio* ſeu *bonorum poſſeſſio.* Aliàs autem etiam civilis ſeu legitima ſucceſſio naturali ratione nititur, quod videre licet non ſolùm in perſonâ liberorum, ubi eſt manifeſtiſſimum. *argumento l. 7. cum ratio. Digeſt. de bon. damnat.* Verum etiam in perſona parentum: *arg. l. 15. nam etſi in principio. de inofficioſo teſtamento & l. jure ſuccurſum. 6. de jure dotium*: imò etiam in perſona 6 cognatorum. *d. l. ult. C. quorum bonorum.* Dixi, † virum & uxorem *pro jure antiquo ſuccedere.* Sic enim loquuntur Imperatores in allegata *l. unicâ. C. unde vir & uxor.* ſignificantes edictum perpetuum: de quo videatur *titulus Digeſt. unde 7 vir & uxor.* Dixi † etiam, *dummodò juſtum fuerit matrimonium, & ad finem uſque vitæ duraverit.* Hæ enim duæ conditiones, ſive, ut vulgò loquuntur, requiſita, neceſſaria ſunt ad hanc ſucceſſionem; præter illud primum ac ſummũ, ut nulli alii propinqui defuncto ſuperſtites ſint, ut docet Ulpianus *in d. l. unica. unde vir & uxor.* Nam propter injuſtum matrimonium nihil capi poteſt. *d. l. unica*: imò injuſti conjuges non merentur nomen viri & uxoris: §. *ſi adverſus. Inſtit. de nuptiis*: & injuſtum matrimonium non dicitur matrimonium, niſi fortè abu- 8 ſivè. *argum. l. 2. §. 1. teſtamenta quemadmodum aperiantur.* Poſtremò † dixi in regula ſuperiore, *excluſo fiſco*: hoc eſt, quam diu eſt aliquis conjugum poſt cognatos defuncti qui poſſit ac velit ſuccedere; fiſcus non admittitur. Rectè enim boni principes jura matrimonii fiſco ſuo præponenda cenſuerunt. *l. ult. C. Theodoſiano de legitimis hæred.* Cujac. *in paratit. C. ut. unde vir & uxor. in fine.* Sunt igi- 9 tur † melioris conditionis conjuges quàm affines. Hi namque non ſuccedunt

affinitatis

affinitatis ratione: ut suprà dictum *cap. 1. huius partis septimæ*: neque fiscum excludunt, ne quidem deficientibus omnibus cognatis: conjuges autem sibi invicem succedunt & fiscum excludunt. Nulla, inquam, datur bonoum possessio, *unde affines*: sed datur bonorum possessio, *unde vir & uxor*: Conjuges † autem non sunt ipsi affines sibi invicem, sed affinitatis principium præbent aliis. Unde rectè Modestinus *in l. 4. non facilè. de gradib.* Affines, ait, esse non ipsum virum & uxorem, sed cognatos viri & uxoris: quod & Oldendorpius rectè admonet *in Epitome successionis. n. 37.* Nec valet igitur hîc regula: *propter quod unumquodque tale est, illud magis tale est.* Atque hinc est, ut veriorem esse putem sententiam: quod statutum loquens de affinibus, non comprehendat conjuges: de quo videatur *additio ad Bartolum in d. l. unica. C. unde vir & uxor.* 10

Mouit † autem Prætorem, ad proponendam conjugibus hanc bonorum possessionem sive ut ad successionem vocaret virum & uxorem illa ratio: quia in conjugio sit quædam societas & communio omnis vitæ. *l. 1. de ritu nuptiarum, & l. 4. adversus. C. de crimine exp. latæ hereditatis.* cumque inter alios consortes detur successio excluso fisco: v. g. primùm inter socios liberalitatis Imperialis, hoc est, inter eos quibus Imperator communiter donârit: 2. inter naviculatios: 3 inter decuriones: 4. inter cohortales: 5. inter fabricenses: 6. inter clericos: de quibus omnibus videatur *l. unica. C si liberalitatis Imperialis socius sine herede decesserit. & tit. Codicis de hereditatibus decurionum & cæterorum. & l. si quis presbyter. C. de episcopis & clericis.* non immeritò etiam recipienda visa est successio inter conjuges: quorum multò arctior quoque est conjunctio. 11

CAPUT XVII.

Rursum de successione conjugum. Ad Novel. 53. & 117. & Nov. 127. item 74. & Authen. præterea. C. unde vir & uxor.

SUMMARIA.

1 *Exceptio ad regulam, quòd coniuges non nisi omni cognatione deficiente succedant: si scilicet matrimonium fuerit indotatum, coniunx superstes laboret inopiâ, cùm prædefunctus locuples fuerit.*

2 *Quid hac de re Novel 53. & 74. quid item postea Nov. 117. constitutum sit?*

3 *Requisitum unum, ut matrimonium fuerit indotatum.*

4 *Requisitum alterum, ut defunctus coniux fuerit locuples, superstes autem laboret inopiâ.*

5 *Moribus nostris medietas bonorum communi industriâ in matrimonio acquisitorum, cedit superstiti coniugi.*

6 *Quis locuples vel pauper dicendus sit?*

7 *Auth. præterea. C. unde vir & uxor an pertineat etiam ad sponsam, & ad concubinam?*

8 *An & quatenus in parva dote locum habeat?*

9 *An etiam ad maritum pertineat?*

10 *Melius est, ut vir locuples uxorem ducat pauperem: quàm ut uxor locuples viro pauperi nubat.*

11 *Si non liberi, sed ascendentes, cum superstite coniuge concurrant, an tunc quoque quarta ei debeatur?*

12 *Quid si tantùm transversales cognati?*

13 *Quid, si mulier prius quam exegerit quartam, nubat alteri, etiam sine dote; & si quoque decedat locuples viduâ in egestate relictâ?*

14 *Quid si mortis quidem tempore uxor egestate laboret, sed postea ad pinguiorem fortunam*

nam pervenerit?
15 *An hæc portio coniugi per testamentum præmorientis auferri vel minui possit?*
16 *An ius retentionis coniugi superstiti competat?*
17 *Quid, si filii patri superstites ante matrem moriantur?*
18 *Quid, si maritus præmortuus in fraudem viduæ superstitis aliquid alienaverit?*
19 *Quid interfit, an successionem coniugum dicamus esse civilem, an verò prætoriam?*

QUod superiùs dixi, in explicatione regulæ, conjuges non succedere sibi invicem, quamdiu superstant aliqui cognati defuncti conjugis: † id hanc notabilem patitur exceptionem; *nisi matrimonium fuerit indotatum, & conjunx prædefuncta fuerit locuples, superstes autem laboret inopiâ.* 1 Hoc enim casu constituit Justinianus per jus novissimum, ut superstes succedat conjugi defuncto, etiam tunc, quâdo extant liberi vel eiusdem, vel diversi matrimonii: succedat, inquam, aut in quartam omnium bonorum defuncti, si liberi sint tres vel pauciores: aut in virilem portionem, si plures quàm tres sint liberi. Quibus tamen utroque casu integram eius portionis proprietatem conservare debet, solo usufructu ad conjugem pertinente: qui usus fructus, post mortem conjugis extinctus, redibit ad proprietatem, cum eaque consolidabitur, in personâ liberorum, si nulli extent liberi, tunc præfertur etiam conjunx cognatis in illâ quartâ; cuius non tantùm usufructu, sed plenâ proprietate potietur. Si quid etiam conjunx fortè legaverit conjugi quod minus sit quartâ, hoc in quartam imputabitur. Atque hæc summa est & sententia *Nov. 53. 74. 117. 127.* unde decerpta est nobilis *Authentica Præterea. Cunde vir & uxor.*

2 Et † quidem primò *Novel. 53. & 74.* hoc casu indistinctè dabant conjugi successionem in quartam, nullâ habitâ numeri liberorum ratione; sive, inquam, tres essent, sive pauciores, sive plures. Deinde semper pleno jure hanc portionem concedebant superstiti conjugi: non impolita ei necessitate servandi proprietatem liberis. Posteà verò *Novel. 117.* distinguendum putavit Imperator inter numerum liberorum ita, ut suprà dictum. Deinde constituit quoque, ut usumfructum duntaxat haberet, proprietatem reservaret liberis. Ratio mutati juris est favor liberorum: ut tantò pleniùs ipsis consulatur.

Notanda verò sunt ex *d. Auth.* hæc duo requisita illius successionis: unum 3 † est ut matrimonium fuerit sine dote: quod certè etsi rarò, interdum tamen contingit. Neque enim ad matrimonii substantiam dos necessaria est: ut suprà *parte quinta* docui. Quod si mulier dotem aliquam intulit ad maritum: hanc soluto matrimonio ad se recipit tanquam proprium patrimonium: ut appellatur dos, in *l. 3. D. de minor.* & alibi. Sed de jure dotium aliàs plura attuli, tùm 4 *ad l. contractus. D. de Reg. Iur* tùm *d. parte quinta suprà.* Alterum † requisitum est ut defunctus conjunx fuerit locuples, superstes verò inopiâ laboret. Quî, inquies, hoc fieri potest: si verum est uxorem esse sociam divinæ & humanæ domus & si in conjugio est consortium omnis vitæ divini & humani juris cõmunicatio? Prætereà quî hoc fieri potest, si uxor à marito alenda est? Resp. Tunc hoc accidet, ut egestate laboret vidua, si defuncti conjugis aut liberi aut paren-

Digitized by Google

parentes aut cognati à latere, auferent omnem hæreditatem, excluſo penitùs ſuperſtite conjuge. Nam quæ nihil intulit, nihil etiam recipit ſoluto matrimonio. Loquor de Jure Civili: non de moribus noſtris, † quibus receptum 5
eſt ut medietas bonorum communi induſtriâ viri & uxoris acquiſitorum conſtante matrimonio cedat ſuperſtiti conjugi. Daß die halbe gewinnung in ſtehender Ehe dem verblibenen Ehgenoſſen zugehöre.

Multæ autem & præclaræ circa hanc Authenticam motæ ſunt quæſtiones, quarum aliquas utilitatis cauſa attingam.

Primùm igitur † quæritur, quis locuples vel pauper dicendus ſit: quoniam 6
hæc duo ſunt inter requiſita iſtius ſucceſſionis Juſtinianeæ, *ex d. Authent. præterea.* Accurſius circa hoc variavit. Sed communiter placuit ſtandum eſſe arbitrio Judicis. Bartolus *ad d. Authentic. num 3. & ad l. 26. ſi conſtante, ubi & alii Dd. D. ſoluto matrimonio. Iohannes Faber in Breviario Codicis ad eandem Authen. Menoch. de arbitrariis Iudicum, quæſt. caſu 65. & plures alii quos allegat Doctor meus Borcholt. de gradib. p. 255.*

Secundò † quæritur, an *d. Auth.* pertineat etiam ad ſponſam, & concubi- 7
nam? De concubina certum eſt ad eam non pertinere, eiq; non dari hanc ſucceſſionem in quartam. De ſponſa major eſt dubitatio. Sed plerique diſtinguunt; ut ſponſa de futuro non ſuccedat; ſponſa de præſenti ſuccedat ſponſo. Quæ tamen diſtinctio Juri Civili incognita eſt, ut alibi pluribus oſtenditur. Videatur Andr. Gail. *lib. 2. obſ. 80.* & Michaël Graſſus *q. 38. n. 2.* & Treutlerus *theſ. 6. litera A. in diſp 16. vol. 2.*

Tertiò † quæritur, an etiam locum habeat *d. Authent.* ſi dotem quidem ha- 8
beat mulier aliquam, ſed ita parvam, ut ipſi alendæ non poſſit ſufficere? Et probo ſententiam Decii, quam etiam ſequitur Treutlerus *ad lit. D. in allegata theſi 6.* Authenticam noſtram in parva quoq; dote non minùs locum habere quàm in nullâ. veruntamen ita, ut illa ipſa dos, quantacunque ſit, in quartam imputetur: hoc eſt, ut tantò minùs ex bonis defuncti conjugis conſequatur. Quam communem & veram eſſe ſententiam, annotavit Carolus Molinæus *ad Decium.*

Quar.ò † quæritur, an *dicta Authentica* locum habeat in utroque conju- 9
ge? De Uxore, quin hoc caſu dotis deficientis & inopiæ ipſius locuplete marito, quarta illi debeatur, nemo unquam dubitavit. Nimis enim manifeſta ſunt *dictæ Authenticæ & Novellarum* verba: in claris autem & certis ceſſare debent omnes quæſtiones & conjecturæ. De Marito tamen etiam ferè conſenſerunt Interpretes: nimirum hunc quoque gaudere beneficio *d. Authenticæ*: ut ſcilicet ex bonis uxoris quarta illi debeatur: ſi nullam habeat donationem propter nuptias, & ſi pauper ſit, uxore cõtrà locuplete. Sic Accurſius *ad d. Authent.* in verbo *dote*, & *ad l. licet. C. de jure dotium*: ibidemque Baldus, Cynus, & Salicetus. Gailius *libro 2. obſervation. 98. num. 5.* Borcholten *pagin. 255. & ſeq.* quod Treutlero quoque probatur *dicta theſi 6. lit. d verſimò vice verſa.* Sed, quod pace tantorum virorum dixerim, mihi de Jure verior videtur ſententia negativa Cujacii, *in expoſit. Novel. 53.* nempe *d. Authent.* ad maritum non pertinere.

nere. Imperator enim de marito nihil constituit *in d. Novella* : sed tantùm de muliere : quare puto nec interpretibus licuisse privilegium datum uxori producere ad maritum. Nam Jus novum, & prioris correctorium, strictè accipiendum est, nec producendum argumentando, vel ad consequentias, ut legum vitetur correctio. Nec obstat ; si quis dicat, virum & uxorem ad paria judicari, ex naturâ correlativorum. *arg. l. unic. C. de indict. viduitate tollendâ.* Hoc enim in multis falsum est : & in illis tantùm valet, ubi planè eadem est ratio & natura
10 utriusque correlativorum. † Hic illud obiter observa, honestius esse atque ad retinendum imperium maritale in uxorem & familiam accommodatiùs, si vir locuples uxorem ducat pauperem ; quàm contrà, si uxor locuples nubat viro pauperi. Plerumque enim benè dotatæ mulieres si nubant pauperculis viris fiunt imperiosæ, ac damno ac malo mulctant viros, quos contemptui habent : & quibus subindè paupertatem exprobrant. Hac de re videri potest elegans locus apud Plautum *in Aulularia*. & Martialis ait :

Uxorem quare locupletem ducere nolim
Quæritis ? uxori nubere nolo meæ

quasi scilicet vir pauper uxorem ducens divitem, non tàm ducat, quod est viri proprium ; cui uxor obsequens esse debet : quàm ducatur & nubat, hoc est, mulierosus atque uxorius fiat, & obsequens uxori.

11 Quintò † quæritur : quid si non sint liberi, sed ascendentes qui cum uxore paupere & indotatâ concurrant, an tunc quoque quarta viduæ debeatur ? Et deberi dixit antiquus glossator Hugolinus : cuius sententia & Bartolo probata est *ad d. Authent. num. 4.* & Johanni Fabro : ob eandem videlicet rationem, quæ est extantibus liberis.

12 Sextò † quæritur ; quid si tantùm sint transversales cognati ? Et quamvis Bulgarus olim putârit, ab uxore excludi cognatos : tamen verior est sententia Placentini ; uxorem videlicet tantùm in quartam succedere, & quidem pleno jure dominii. Probat hoc & Bartolus *n. 5.* & Johan Faber *ad d. Authent.*

13 Septimò † quæritur : quid si mulier, priusquam exegerit quartam ab hæredibus prioris mariti, nubat alteri etiam sine dote ; & is quoque decedat locuples, viduâ in egestate relictâ ? utrum illa vidua debeat exigere quartam ab heredibus prioris, an posterioris mariti ? Communis est sententia quartam exigendam esse à prioris mariti hæredibus : ut videre est apud Grassum, *quæst. 42.* Contrarium tamé placuit aliis : ut videre licet apud Forsterum, & apud Treutlerum *d. thes. 6. lit. d.* Putarem defendi posse ab utriusque mariti hæredibus exigi posse hanc quartam. Nusquam certè traditum est, hanc portionem ex Novella debitam uxori, per secundas nuptias ab eadem amitti : neque hic est modus liberandi ab obligatione prioris mariti hæredes, si vidua alteri nupserit. Accedit quod eadem ratio est in secundi mariti hæredibus, quæ in primi.

14 Octavò † quæritur : quid si mortis quidem tempore uxor egestate laboret, sed postea ad pinguiorem fortunam pervenerit ; annè adhuc quartam illam jure sibi debitam petere possit ? Ac tametsi fortasse quilibet prima fronte negaret : tamen contrarium probat Decius *consil. 24.* quem refert Parisius Cardinalis *in additionib. ad Bartol. d. Auth. præterea. lit. d.*

Nonò

Nonò † quæritur, an possit conjugi hæc portio, quæei debetur ex lege, auferri & minui per testamentum conjugis? & est communis ac vera opinio, non posse: ut pluribus auctoritatibus probat, & ratione insuper firmat Borcholten *sapè d. tractat. p. 256.* quibus addi possunt Wesenbecius *in parat. Digest. tit. unde vir & uxor. & conf. 87. n. 9.* item Andr. Gail. *lib. 2. obs. 86. & obs seq. n. 1.* item Hart. Pistoris *q. 31. n. 7. lib. 1.* Si ergo maritus aliquid reliquerit uxori, sed quod minus sit quartâ, poterit hæc ad supplementum eius agere: Relictum tamen in quartam imputare cogetur. *d. Auth. Præterea. in fine*: quod benè notandum monet Bartolus *in principio ad eandem Auth.* 15

Decimò † quæri potest annon uxor, quæ tempore mortis mariti locupletis, ipsa laborans paupertate, in eius domo commoratur, possit ratione illius quartæ sibi debitæ uti jure retentionis adversus hæredes mariti? Et omninò ita existimo, retentionem viduæ competere. Nam & dotis nomine mulier habet jus retentionis: quo contra mariti heredes possit uti, donec sibi solvatur, non solùm bonis allodialibus incumbens: in quibus etiam jus tacitæ hypothecæ habet, ut aliàs demonstratum est: sed etiam feudalibus, &c. quæ tamen jure hypothecæ ipsi non sunt obligata; ut docui *in partitionibus Feudalibus.* 16

Undecima † quæstio est: quid si filii quidem superstites fuerint tempore mortis mariti, posteà verò ante matrem moriantur, an quarta bonorum mariti hoc casu ad viduam matrem pleno jure pertineat, an verò tantùm usus fructus jure, ita ut proprietas ad hæredes liberorum pertineat, (intellige, qui sint alii, quàm mater) cum qua proprietate posteà, matre quoque mortuâ, usus fructus consolidetur? Atque hoc posterius visum est Marco Antonio Nattæ *conf. 605.* Sed prius esse verius docet Andr. Fachinæus *lib. 10. cap. 72. per totum.* ibidemque refutat ea, quæ pro sententia Nattæ facere videbantur: ad quorum lectionem brevitatis causa remisisse sufficiat. 17

Quæritur duodecimò: † quid si conjunx præmortuus ex cuius bonis futurum est, ut tempore mortis quarta debeatur viduæ superstiti, alienaverit aliquid in fraudem personæ superviventis, an per hanc id alienatũ revocari possit? Et placet Cornei sententia negativa: quæ refertur etiam *in additionibus ad Bartolum d. Auth. Præterea.* 18

Decimotertiò † quæritur, ad totam hanc materiam de successione conjugum: Quid intersit, utrum dicamus successionem viri & uxoris esse Prætoriã, sive bonorum possessionem; an verò civilem, hoc est, hæreditatem? Respond. Ad effectum quidem parùm interest: utrum quis hæres sit, an bonorum possessor: sive sitne successor civilis, an prætorius: vt aliàs pluribus ostendi. Veruntamen quoad tempus adeundi hæreditatem, vel agnoscendi bonorum possessionem, non parùm interest. Nam vir & uxor intra centesimum diem ex die scientiæ computandum agnoscere ac petere debent bonorũ possessionem. Quod si facere neglexerint, non ampliùs admittentur: de quo videatur & Borcholten *dicto tractatu pag. 253. versic. unde sequitur.* 19

Plures quæstiones de successione *ad Authent. præterea*, depromi possunt, *ex additionibus, ad Bartolum, dicto loco.*

CAPUT XVIII.

Adhuc de successione conjugum: & de pactis dotalibus: nec non de statutis circa hanc rem.

SUMMARIA.

1 *Exceptiones duæ aliæ, ad regulam, de successione conjugibus non nisi deficiente omni cognatione deferendâ: altera, ex pactis dotalibus: altera ex statutis.*
2 *Pactis dotalibus etiam dispositiones de futuris casibus mortis comprehendi solent.*
3 *Idq; etiam olim usitatum fuisse, ex Chrysostomo ostenditur.*
4 *Pacta dotalia ante omnia diligentissimè inspici & attendi debent.*
5 *An pacta dotalia postea retractari, illisve testamento derogari possit, ab altero conjuge, non consentiente altero?*
6 *Fachinæus pacta de futura successione in contractu matrimoniali adiecta omninò negat valere.*
7 *Statutis complurium locorum de conjugum successionibus cautum est: quæ omninò spectanda.*
7 *Quid si maritus aliud habuerit forum, aliud uxor, & utriusque loci sint diversa statuta?*
9 *Quibus casibus conjunx conjugis successione se indignum reddat? remissivè.*
10 *De successione libertorum, remissivè.*

1 Ondum habemus omnia quæ de successione conjugum tenenda sunt. Nam † superiori exceptioni, quæ ex *Auth. Præterea* desumitur, etiam aliæ sunt addendæ & diligenter attendendæ: ut prima, *nisi pactis dotalibus aliud fuerit comprehensum:* secunda, *nisi statutis seu legibus municipalibus aliud sit cautum.* Et pactis dotalibus & statutis effici potest, ut conjuges sibi invicem succedant, etiam extantibus liberis & aliis propinquis, quamvis neque indotatum fuerit matrimonium, neque superstes conjunx egestate laboret quæ erant duo requisita successionis ex d. *Auth. præterea.* De his igitur duobus aliqua sub hoc capite breviter delibabo.

2 Ad prius quod attinet; nemo † est adeò rerum civilium imperitus, qui nesciat in pactis dotalibus (quæ plerunque matrimonio adjiciuntur, tametsi hoc etiam sine illis constare possit nudo consensu de conjugali cohabitatione interveniente, *arg. l. 30. & ibi Dd. D. de Reg. Iur.*) solere comprehendi etiam dispositiones de futuris casibus mortis. Si, inquam, vir uxori, vel uxor viro præmoriatur, quid circa successiones ipsorum debeat observari, wann es zu den fäl-
3 len kommen wird/ wie es solle gehalten werden der Erbschafft halben. Idque † etiam olim usitatum fuisse observavi etiam apud Chrysostomum, qui *homiliis in Iohannem*, cùm reprehendit nimium luctum super obitu conjugis, ait, rem esse valdè absurdam ita perturbari, atque etiam exclamare deformiter & ejulare: quasi res nova, atque improvisa acciderit: cùm tamen inter ipsa quoque initia, cum videlicet primùm de matrimonio ineundo tractaretur inter conjuges futuros, in ipsis tabulis matrimonialibus disertè comprehensum & cautum fuerit, quid servari debeat alterutro conjugum præmortuo. Si igitur extent pa-
4 cta quædã dotalia, hæc observetur regula. † Pacta dotalia diligentissimè inspici atq; attendi debere, ea enim (quatenus videlicet nõ adversantur bonis moribus) derogant omni juri & legibus scriptis & statutis & consuetudinibus locorum,

rum, & his omnibus prævalét prædominãtur, ac præferuntur. Huic simile est, quod ajunt Feudistæ, Ante omnia diligenter inspiciendũ esse tenoré investituræ, utpote qui informet ac reformet omnem naturam Feudi. Ergo si convenerit inter cõjuges in pactis dotalib., ut sine liberis præmortuo altero, succedat alter superstes, vel in omnia bona defuncti, vel in partem bonorum, vel ut lucretur dotem vel partem eius, hoc servabitur. Videãtur Cynus, Baldus, Castrensis Salicetus, & alii, *ad l. si pater. C. de inoffic. testam.* Atque hoc non immeritò inter singularia sua retulerunt & Ludovicus Romanus & Hyppolytus de Marsiliis, quos unà cum aliis etiam allegat Borcholtus *pag. 258.*

Sicut autem de eo nullum est dubium, quin valeant eiusmodi pacta dotalia, & quin coniuges sibi invicem succedant eorum pactorum vigore, eo casu quo nullum fecerunt testamentum, vel aliam ultimam voluntatem jure approbatã reliquerunt: ita † maximè dubium est an possint pacta dotalia postea retracta- 5
ri ab uno conjugum altero invito aut ignorante? & an possit vel vir, vel uxor illis derogare per testamentum, & invito alteri quidpiam detrahere vel adimere? & quamvis idem Doctor meus Borcholtus *eãdem paginâ* illorum sequatur sententiam, qui putant per pacta dotalia jus aliquod irrevocabile quæsitũ esse conjugi, quod non possit ei posteà per testamentũ aliamvè ultimam voluntatẽ auferri: Contrarium tamen verius videtur; nempe licere alteri conjugum, nõ obstantibus ullis pactis dotalibus, facere testamentum & successionem, quam fortè anteà conjugi superstiti attribuerat in alterum conferre hæredem, sive in totum, sive in parte. Neque enim quisquam sibi eam legem dicere potest in ultimis voluntatibus, à qua non liceat ei recedere: imò etiam si quis juraverit nolle se revocare unquam: quod semel disposuit, tamen hoc jusjurandum libertatem testandi ipsi adimere aut restringere non potuit: ut docet *aliquot locis consiliorum suorum* Johan. Fichardus. Jam verò pacta illa dotalia quatenus tractant de mutuâ successione certè sapiunt naturam ultimæ voluntatis: nec aliter, quàm in vim ultimæ voluntatis valent, aut sustinentur: ut etiam Dn Wesembecius fatetur *in titulo de pactis dotalibus.* Natura autem ultimæ voluntatis est quod sit ambulatoria. *l. 4. D. de adim. legat. & l. cum hic status. D. de donat. inter virum & uxorem.* Non obstat, si dicas, hac ratione futurum ut decipiatur ille ex conjugibus, cui contra pacta aliquid auferetur: id autem fieri non debet. Respondeo, nõ decipi eum nisi fortè à seipso & suâ juris ignorantiâ Scire enim debent hanc eiusmodi pactorum naturam esse ut mutari possint: idque etiam docet Henningus Gœden *in consi. to quodam.* Non obstat quoque quod jus suũ nemini debeat auferri: jam autem per pactum dotale jus acquisitum sit conjugi, cui successionis spes facta est. Id enim negandum est, quod hic quoad successionem jus per pacta dotalia irrevocabiliter quæsitum sit conjugi. Et pro hac sententia non semel responsum esse memini pluribus adductis fundamentis, à facultate nostrâ in materia successionis conjugum & pactorum dotalium. Ulterius † etiam progreditur And. Fachineus *libr. 5. controv. jur. cap. 87.* ubi pacta 6
de futura successione in contractu matrimoniali adjecta omninò negat valere, per *l. 25. pactum. C. de pact.*, & per *l. hereditas, C. de pact. convent.* & ea quæ latè alle-

Digitized by Google

gat Tiraq. *de jure primogen. quæst. 6.* contra Guid Papæ *quæst. 267. & 505.* aliosq; relatos à Jac. Menoch. *consil. 1. n. 127.*

Dixi de pactis dotalibus quatenus illa sint attendenda in hac materia successionis conjugum, nempe quatenus per ultimam voluntatem ab illis non est
7 recessum: Tunc enim & eatenus ipsa pro ultimæ voluntatis specie, & in ejus vim valent. Sequitur jam videre † de statutis, seu legibus municipalibus. Quemadmodum autem in aliis rebus plurimis per statutum corrigitur & immutatur Jus commune: ita etiam in successionibus legitimis. Quocirca si nulla fortè in medio sint pacta dotalia, inspicienda sunt statuta locorum. *arg. l. omnes populi, ubi latissimè Dd. Digest. de Iustit. & Iure.* Sic Electoris Palatini ditio sua habet statuta, sic Ducis Bavariæ, sic Ducis Wirtenbergensis, sic aliorum Principum: sic Respublica Norimbergensis suam habet Reformationem hac ipsa de re: sic Lubecensis Respublica: sic Lunæburgensis: sic alia loca sua ha-
8 bent statuta: & inprimis illi, qui in terris Saxonicis vivũt, aut ubi Jus Saxonicum observatur, inprimis attendere debent, quid Jure Saxonico hac de re constitutũ. Sed hîc quæritur, † quid si maritus aliud habuerit forũ, aliud uxor, & utriusque loci sint diversa statuta, hoc casu utriusque loci statuta sequemur? Respondetur: Tametsi hoc rarum esse putem, quia plerunque uxor sequitur forum mariti, sicut & dignitatem eius participat: tamen si fortè ita contingat, sequenda erunt statuta illius loci, ubi maritus habuit domicilium, quam communem esse opinionem docet Grassus *quæst. 36.* ubi pleniùs eam examinat. Hîc repetendum est illud, quod suprà plurimis auctoritatibus comprobavi, si qua pars hæreditatis debeatur conjugi superstiti ex statuto, eam non posse à præ-
9 moriente conjuge ipsi auferri aut minus per testamentum.

Ad extremum † quoque observetur, esse etiam casus, quibus se indignum faciat conjunx successione conjugis, v. g. si mortem ei intulerit, &c. de quibus
10 videatur Grassus *quæst. 38. n. 4.*

Omitto † hîc eam successionis speciem, quam reverentialem vocat Ferrariensis: id est, qua Patronus liberto suo succedit: Quia sicut hodiè servis non utimur in nostris regionibus: ita nec libertis, nec patronis, nec jure patronatus: cuius juris una pars est illa successio: de qua quid Jure Romano constitutum fuerit, aliundè peti poterit: & inprimis ex *titulo Instit. de successione libertorum.* Propero itaque ad successionem fisci.

CAPUT XIX.

De Successione fisci.

SUMMARIA.

1 *Differentia inter Fiscum & Ærarium.*
2 *In privilegijs fisci est etiam ius occupandi bona vacantia.*
3 *Differentia duplex successionis fisci ab aliis successionum speciebus.*
4 *Quid si bona vacantia immobilia in diversis territoriis sita fuerint, proindeq; à diversis dominis ius fisci habentibus occupata?*
5 *Quinam habeant ius fisci, ac proinde bona vacantia occupare possint?*

Quid

Digitized by Google

QUid interſit inter *fiſcum* & *erarium*, item unde nomen fiſco datũ ſit, aliunde petatur. Breviter, † *fiſcus* propriè eſt principis; *erarium* 1
Reipublicæ & civitatis: tametſi nonnunquam alterum pro altero reperire liceat. Cum † autem multa ſint fiſci jura, ac privilegia, de 2
quibus videri poſſunt *tit. Digeſt. & C. de jure fiſci.* item *titul. Codicis de privilegio fiſci.* & *ad dictum titulum Digeſtorum pleniſſimè Cujacius*: inter alia etiam eſt, jus occupandi bona vacantia hoc eſt, quorum nullus eſt heres, vel ſucceſſor, neq; ex Jure Civili, neque ex Prætorio. De hac ſpecie ſucceſſionis videatur *titulus Codicis de bonis vacantibus libro 10.* item illi, qui de regalibus ſcripſerunt, ut Johannes Borcholten, Regnerus Sixtinus, Georgius Obrechtus, item Henricus Bocerus, aliique.

Eſt autem † hîc diligenter notanda duplex differentia ſucceſſionis fiſci ab 3
aliis ſucceſſionum ſpeciebus. 1. hæc eſt, quod fiſcus debet agnoſcere bona vacantia intra quadriennium: alioquin poſt hujus temporis lapſum excluditur præſcriptione quadriennii ab eo, qui bona poſſidet. Videatur Cujacius *in tract. de præſcriptionibus temporum.* & Borcholten *p. 261.* Secunda eſt: quòd fiſcus tantùm pro viribus hæreditatis, ſive pro modo facultatum defuncti, cujus bona occupavit, tenetur reſpondere ejusdem creditoribus, de ære alieno: cùm hæres & ſucceſſor alius ad omne æs alienum defuncti obligetur etiam ultra vires hæreditatis: hoc eſt quamvis in eâ vel nihil, vel non tantum ſit, quantum videbatur niſi proſpexerit ſibi per beneficium inventarii, de quo ſuprà dixi *parte ſexta.* Videatur de hac poſteriore differentiâ & Borcholten *d. p. 261.* per *l. 1. §. an bona.* & per *l. non poſſunt. D. de jure fiſci.* & *l. mulier bona. D. de jure dot.* & *l. quæ dotis, D. ſolut. matrim.* & *l. ſi de bonis. C. de jure deliberandi.* & *l. 3. D. de bonorum poſſeſſione.*

Quid † ſi bona vacantia immobilia in diverſis territoriis ſita fuerint, pro- 4
indeque à diverſis dominis jus fiſci habentibus occupata? Reſpond. tunc domini territoriorum, qui jure fiſci ea bona occupârunt ſatisfacient creditoribus defuncti pro quantitate bonorum in ipſorum territorio ſitorum. Videatur Zaſius *reſponſo 17. lib. 2* quem & Borcholtus allegat *dicto loco.*

Ad † extremum quæritur: quinam habeant jus fiſci, & proinde bona va- 5
cantia occupare poſſint? Hac de re videri poteſt Weſembecius *ad titul. Digeſt. in quibus cauſis pignus vel hypoth. tacit. contrah. num. 5.* & Treutlerus *diſput. 1. vol. 2. in theſ. 4. lit. N.* Summa eſt jus fiſci habere principes ſuperiorem non recognoſcentes; aut recognoſcentes quidem, ſed illud jus aut ex conceſſione ſuperioris, aut præſcriptione conſecuti: deinde & civitates imperiales, quæ merum Imperium habent, moribus uſurpare jus fiſci: itemque ex confirmatione privilegiorum ſuorum, quæ à Cæſareâ Majeſtate impetrarunt.

CAP. XX.

De aliis quibusdam legitimæ ſucceſſionis ſpecibus, ex Novellis.

SUMMARIA.

1 *Si vir aut uxor liberos habens, intraverit in monaſterium.*
2 *Si epiſcopus aut clericus quilibet moriatur ſine teſtamento, & legitimo ſucceſſore.*

EST etiam ſucceſſionis legitimæ ſpecies una, & altera apud Imperatorem noſtrum *in Novellis 123 c. 38. ſi qua mulier.* quas hic breviter attingam.

1 Primùm igitur † ſi vir aut uxor liberos habens intraverit in monaſterium in eoque deceſſerit antequam bona ſua inter liberos diſtribuerit: liberis quidem legitima portio defertur: Monaſterio autem reliqua ſubſtantia
2 acquiritur, & manet: ut eſt *in cap. 38 ſi qua mulier. in fine. Nov. 123.* Deinde, † ſi quis epiſcopus aut clericus aut cujuslibet Eccleſiaſtici gradus, aut Eccleſiæ diaconiſſæ moriantur ſine teſtamentis & legitimis ſucceſſoribus; horum ſucceſſio Eccleſiæ in qua conſtituti fuerint, competere dicitur. *Nov. 131. cap. 13. interdicimus. verſ. ſi quis autem Epiſcopus.*

De quibus autem rebus teſtari poſſint, vel non poſſint Epiſcopi & Clerici, ſuprà expoſui *part. 1. hujus expoſitionis methodicæ.*

Sub hoc caput referri velim etiam alios quosdam §§. ſparſim in Novellis de ſucceſſionibus inteſtatorum loquentes: quæ loca nunc omnia inquirere & colligere non vocat mihi: ad alia, & quidem ad finem ſeptimæ hujus partis feſtinanti.

CAP. XXI.

Communia quædam utriusque ſucceſſionis, Teſtamentariæ ſcilicet & Legitimæ: ac primum ad Novell. 158. de jure deliberandi & additione hæreditatis transmittendâ ab impubere, cui delata eſt hæreditas, ſed mortuo priusquàm adiret.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Propoſitio duorum exemplorũ utriq; ſucceſſioni communium.*
3 *De additione hereditatis duplici.*
4 *An ius deliberandi transmittatur in heredem?*
5 *Novella 158. caſus, ſeu facti ſpecies, & ad eam animadverſiones.*
6 *Reſcriptum & deciſio Iuſtiniani ad ſupplicationem facti ſpeciem propoſitam.*
7 *Error Ioachimi Stephani circa deciſionem Iuſtiniani in d. Nov. 158.*
8 *Error Holoandri in verſione Nov. 158.*
9 *De pactionibus poſt ſententiam interpoſitis deciſio Iuſtiniani.*
10 *Error alius Ioachimi Stephani, iiq; duplex, circa Nov. 158.*
11 *Cretionum ſolennia non à Iuſtiniano, ſed à Theodoſio ſublata.*
12 *Ius deliberandi per Inventarii beneficium non eſt abolitum; ac proindè nec hoc in illius locum introductum rectè dicitur.*
13 *Ius inventarii ad heredem transmittitur, perindè ac ius deliberandi.*
14 *Notata Sichardi & Giſanii ad d. N. 158.*
15 *Novella 158. olim vulgò non habebatur.*

Poſt.

POst † ſpecialia & propria cujusque rei, convenienti ratione ordinis tractari ſolent communia: *arg. tit. C. commun. prædior. & tit. C. communia utriusq; judicii. & tit. C. commun. de legat. & fideicommiſſ. & tit. C. commun. de ſucceſſ.* Idque etiam Giphanius admonet, poſt weſembecium *in œconomia juris*. Rectè igitur atque ordine facturus videor mihi, ſi ad finem hujus partis ſeptimæ, poſt abſolutam utramque ſucceſſionis ſpeciem, tàm teſtamentariæ, quàm legitimæ, adjungam etiam explicationem quorundã, quę ſunt utriusque communia. Hujus quidem generis nonnulla ſuprà quoque attulimus *parte ſextâ*: ut erat tractatus *de Inventario*, æquè ad hæredes ab inteſtato venientes, atque ex teſtamento pertinens: ut erat quoque tractatus *de fideicommiſſaria reſtitutione*, & ſi qui ſunt ſimiles; quos etiam ad hunc locum non incõmodè reiicere ac reſervare potuiſſem. Sed videamus quæ nondum habuimus. Talis eſt 1. † Transmiſſio juris deliberandi, de qua agitur *in Nov. 158.* qui unicus eſt hac de re in Novellis locus: In Codice ubi hac de re agatur, inferiùs indicabo. Talis eſt ſecundò collatio bonorum. Nam & hæc fit ab utriusque generis hæredibus. De hac poſteà indicabo, quæ opus erunt *cap. ſeq.* 1 2

Ad prius † quod attinet, (cui hoc caput deſtinavi) admonendi ſumus: Hæreditatem delatam adiri debere, præſertim ab extraneis hæredibus, (ſui enim ipſo jure exiſtunt) non aditam verò perinde eſſe, ac ſi delata non fuiſſet: quod latiùs explicatur *ad titul. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. & ad titul. Digeſt. de acquir. vel amittend. hæred. & ad titul. C. de jure deliberandi.* Aditur autem hæreditas non ſolum ex teſtamento, ſed etiam ab inteſtato. *l. 2. D. de fideicommiſſ. libert.* Portrò aditio duobus fit modis: aut ex jure deliberandi ſive præcedente hæredis conſultatione, ac deliberatione: aut cum beneficio Inventarii. Inter quos aditionis modos plurimum intereſſe, docetur *ad l. ult. C. de jure deliberand. & ad d. titul. Inſtit. de hæred. qualit.* & quodammodò intelligi potuit ex iis, quæ ſuprà dixi *parte 6.* cum de Inventarii effectibus agerem. His præmiſſis † quæritur jam: quid juris ſit, ſi quis antequam adiret hæreditatem ſibi delatam (quod ſæpè contingit) deceſſerit: transmittetne jus deliberandi ſibi competens, an non transmittet in hæredem? Hac de re præter loca Codicis inferius alleganda, agit imperator *in Novella jam dictâ 158.* 3 4

Ut † autem hæc Novella tantò melius intelligatur: faciendum nobis eſt, ut ejus facti ſpeciem paulò plenius exponamus. Eſt autem talis & multa monere poteſt utiliter. Moritur Thecla, relictâ filiâ Sergiâ, quæ impubes mortua eſt; imò infans, cum vix ſedecim dies matri ſuæ ſupervixiſſet. Peſtis enim tunc temporis graſſabatur. Porrò fuit etiam altera Thecla, cognomento Mano, Sergiæ puellæ amita, id eſt, patris ejus ſoror, atque ita agnata, quia per patrem cognatione illi juncta. Eademque Sergia avunculum quoque habuit ſuperſtitem nomine Coſmam: qui cognatus defunctæ fuit; quippe per matrem ei conjunctus, & matris frater. Inter hos itaque duos, amitam videlicet atque avunculum Sergiæ, controverſia orta eſt de ipſius hæreditate: Coſmâ quidem ſe ad illam admitti petente: Thecla verò contradicente. Ut autem de ſuo jure certa eſſet hæc fœmina, nec de rebus ad ſe fortaſsè non pertinentibus temerè litigaret, advo- 5

ret, advocatum quendam forensem ejus loci adiit & de jure consuluit, (id quod hodiè quoque usitatissimum est: unde & Responsa Juris propè infinita nascuntur) Johannes ille causarum patronus consultrici in scriptis respondit: sine dubitatione hæreditatem Sergiæ ad ipsam pertinere. Id quod verè quidem sic respondit sed, ut mox apparebit, in eo non perstitit, credo, quòd fundamentum juris non satis intelligeret: vel quòd posteriùs ab adversâ parte corruptus est sordibus. Quare responso ipsius freta Thecla Mano, hunc Johannem istius causæ judicem sumpsit: Cosmæ verò adversarii ipsius causam egit Æsculapius quidam, scriniarius Orientalis præfecturæ militaris. Johannes ille priùs advocatus, mox judex ejusdem causæ, per sententiam pronunciavit contrarium illius quod anteà in scriptis responderat. Utrumque certè malo more, atque pessimo exemplo fecit. Nam in eâdem causâ patronus seu consiliarius fuit, & judex, quod jura prohibent. *Quisquis* enim *vult esse causid cui, non idem in eodem negotio sit advocatus & judex*, ut ajunt Impp. Valentin. & valens, *in l. 6. quisquis. C. de postulando. quoniam aliquem inter arbitros* (id est judices) *& patronos oportet esse delectum*, id est aliquod discrimen *d. l. 6.* Utebatur tamen Johannes ne quid sine prætextu juris facere videretur Theodosij Imp. lege qua cavetur, ut infans non possit maternam adire hæreditatem, nisi tutorem habeat, sed transferat hæreditatem ad illos, quibus obventura fuisset, si impubes mortuus planè ad eam non esset vocatus. *l. 18. si infanti. C. de Iure deliberand.* Neque sententiam duntaxat talem pronunciavit, qualem dixi, verum etiam hoc effecit post rem judicatam, ut Thecla Mano paciscereturcum adversario Cosmâ, convenienter eidem judiciali calculo, sive sententiæ: cujus tenor procul dubio is fuit; non solam Theclam debere succedere Sergiæ, ejus vè matri: sed unà admittendum esse Cosmam Sergiæ avunculum. Eademque pacta etiam Æsculapio, qui Cosmæ causam egerat, dictata sunt. Quod ipsum quoq; dupliciter injustum est. Nam primò post sententiam non valet transactio, quæ est de re dubiâ: per sententiam verò res dubia esse desiit *l. 1. D. de re judic.* Secundò, non debuit judex idemque advocatus causæ ejusdem ad hunc modum prævaricari: Potest quidem judex ad minuendas lites dare operam ante sententiam, ut partes transigant (tametsi neminem ad transigendum cogere possit:) post sententiam verò alia res est, ut modò dictum Sic ergo læsa Thecla Mano, tùm per sententiam iniqui judicis, tùm per transactionem, sive pactionem suam cum adversario Cosmâ habitam, libellum supplicem obtulit Justiniano. Est enim adversus iniquam sententiam non modò appellationis remedium, quo parti læsæ consulatur: verum etiam supplicationis beneficium: & alia nonnulla: de quibus infrà dicam *parte decimâ.* Allegabant autem in sua supplicatione tùm *l. 18. si infanti.* tum *l. 19. cum in antiquioribus. C. de Iure deliberandi.* quarum illa jubet, pupillum, qui septimum annum excesserit & fari possit, maternam hæreditatem rectè adire: (quod tamen non satis intelligo, quomodo pertineat ad præsentem casum, ubi est infans impubes, id est, infra septimum annum) ista vult eum, qui post delatam sibi hæreditatem mortuus sit, priusquam vel agnoverit eam, vel repudiaverit, posse jus deliberandi sibi competens ad hæredes transmittere. Ad *Nov. 118.* quæ huic

mulieri

Digitized by Google

mulieri obstare videbatur, (sustulerat enim ibi Imperator jura agnatica & cognatica; aut certè exæquaverat ea atque confuderat: sine ullâ differentiâ agnatos, agnatasque, & cognatos, cognatasquè, ad successionem intestatorum vocans: cui consequens erat, ut Cosma avunculus Sergiæ, quamvis cognatus, nō tamen deterioris esset conditionis, quàm Thecla Mano, defunctæ amita, licet esset agnata: sed ille simul cum hac ad successionem vocaretur, utpote in pari gradu constitutus, secundum ea, quæ suprà diximus, ex *Authent. post fratres. la. secunda. C. de legit. hæred.* ubi pares in gradu pariter admittuntur) ad eam ergo Novellam, & ad syllogismum, qui ex eâ pro Cosmâ formabatur respondebat Thecla Mano: non debere hanc controversiam ex illâ Novellâ dicidi: quia cōstitutio ea ad casus futuros tantum, de quibus scilicet tempore promulgationis ejus nondum lis mota fuerat, pertineret. Leges quippè futuris dant formam negociis, non etiam ad præterita, vel adhuc pendentia vim suam extendunt nisi in ipsis expressè hoc dicatur. *l. 7. leges & constitutiones. C. de legib.* ut dixi suprà *parte secundâ.* suam autem hanc controversiam cum Cosmâ esse antiquiorem *dictâ Novell. 118.* proindeque decidendam secundum jus antiquum, quod ante eam Novellam obtinebat (quod quidem disertè Imperator etiam in ipsâ Novellâ propè finem expressit) quo jure videlicet agnati cognatis præferebantur in successione, eosque excludebant: ut expressum est in *l. 5. ad intestati. C. de legit. hæred.* Hæc de casus figuratione, ut loquimur, *ad d. Novellam* 158. in qua non videtur silentio prætereundum & hoc, quod monet Agylæus; subintelligendum esse sive supplendum, quod tutor Sergiæ in infantia mortuæ aut nullus fuerit, qui hæreditatem ejus nomine adire posset (quod sane valdè est verisimile, propter circumstantias temporis, cum & pestis sævierit, & puella post matrem non diu vixerit) aut si quis fuit, is maternam ejus hæreditatem adire neglexerit.

Hoc † supplice libello commotus Imperator, mandat Præfecto cuidam (quis ille fuerit Johannes, an Petrus, an alius non constat: quia periit inscriptio hujus Novellæ, si rem ita se habere compereret, ut succurrat Theclæ supplicāti (hîc notanda est solennis illa rescriptorum clausula, *si preces veritate nitantur, &c.* quæ sæpissimè in legibus Codicis occurrit: pro qua in rescriptis Friderici 2. *apud Petrum de vineis in epistolis* legimus; *si ita est, &c.* unde ex contrario intelligitur, quod mendax precator carere debeat impetratis: ut est in *l. 3. C si contra jus vel utilit. publ.* & eleganter ac juri nostro convenienter scripsit S Augustinus *tract. 7. in Johan.* Juris esse forensis, id est, civilis, ut qui in precibus mentitus fuerit, non illi prosit quod impetravit. Quem locum & Cujacius annotat *in parat. ad d. tit. Codicis.*) & beneficium *l. 19. C. de jure deliberandi.* integrum sibi conservet, ex qua lege à Sergiâ pupillâ intra annum post matrem defunctâ, transmissum fuerit jus deliberandi ad ipsam Theclam: & ut hæreditatem matris Sergiæ adire volenti curet tradi: Præterea ne quis putet *d. l. 18. si infanti.* quæ est Theodosii, & *d. l. 19. cum in antiquorum.* quæ est Justiniani, *C. de jure deliberandi* invicem sibi repugnare: (quod sanè per absurdum foret, cum utraque lex sub uno eodemque titulo posita, in eundem relata sit Codicem; in quo Imperator ipse nihil contrarium inveniri affirmat, *& in hac Novellâ, & alibi.*) hac ra-

tione léges eas in concordiam redigendas docet: ut Theodosii quidem lex, 8. quæ transmissionem juris deliberandi denegat, obtineat ac servetur in illis casibus, quibus jam elapso anno & tempore juri deliberandi præfixo decessit impubes, non aditâ hæreditate sibi delatâ: Justiniani verò lex in iis speciebus valeat, ubi intra annum mortuus est hæres, qui delatâ sibi hæreditate jus deliberandi habebat. In summâ: respondit Imperator pro Theclâ amitâ, contra Cosmam avunculum: illam succedere solam matri Sergiæ, alteri Theclæ; quippe cum Sergia filia impubes intra annum, imò statim decimo sexto die post mortem matris decesserit: Salvo jure deliberandi, quod in amitam suam transmisit: Cosmam hîc nihil juris habere, sed excludi ab amitâ.

Quæ cum ita sint, cavendus est hic insignis error recentissimi Novellarum expositoris Joachimi Stephani, qui *pag. 351.* ita scribit: *Imperator decidit ex Novella 118. confuso jam genere agnationis & cognationis, utrumq; esse hæredem.* Hoc falsissimum esse aio. Non enim utrumque id est, Cosmam & Theclam hæredem declarat Imperator: sed solam Theclam, excluso Cosmâ. Nam etsi verum est, confusa esse per Imperatorem *in d. Nov. 118.* jura agnationis & cognationis: tamen id factum est, posteaquam jus Theclæ jam quæsitũ erat: quod certè per posteriorem *Novellam 118* ei nullo modo adimi potuit: cum ea constitutio ad futuros tantum casus pertineret, qui scilicet contigissent à principio mensis Julij in Consulatu Belisarii: ut suprà quoque monui. Non equidem inficias eo, si casus ille contigisset post *Nov. 118.* promulgatam, & tunc primum Sergia fuisset mortua: Cosmam simul cum Theclâ, avunculum scilicet cum amitâ defunctæ, ad hæreditatem admittendum fuisse: utpote qui esset in pari gradu, & sublato jam discrimine juris agnatici & cognatici: atque ita proculdubio Imperator respondisset: nisi species ista, ut dixi, contigisset ante *d. Novell 118* quæ demùm ex die in promulgatione expresso valere cœpit: (Exprimitur autè ab ipso Imperatore exordium mensis Julii in consulatu Belisarii: ut ex fine & subscriptione ejusdem apparet.) non autem ad præterita quoque vel adhuc pendentia negotia, quale hoc etiam fuit, pertinere jussa est.

Verissima est autem Cujacii emendatio, quâ pro ἡμετέρας, restituit ἡμέρας, id est, die Haloandrum autem vitiosa lectio in fraudem induxit, ut pessimè verteret: *cùm antiquior sit nostra, cujus occasione lex ita valere visa est, &c.* De occasione nulla mentio extat in fonte Græco; & hanc vocem de suo intrusit Haloander. Sed ignoscendum est viro doctissimo, qui in vitiosam incidit lectionem ex quâ non potuit aliam, quàm vitiosam procudere interpretationem.

9 Non † omisit quoque Imperator in suâ decisione, quid vitium habeant pactiones, quas post sententiam interpositas esse diximus. Ait enim, ex illis nullam actionem Cosmæ acquiri potuisse: quia duplici vitio laborent, tum quòd post sententiam conscriptæ sint: tùm quod cum altero initæ: qui obligationem acquirere alteri non potuit, utpote libera persona. §. *ex his itaque Instit. per quas person.* quanquam ex his duobus vitiis istarum pactionum posterius tantùm attingit Heinricus Agylæus *ad hanc Novellam*: sed puto rectè addi posse etiam alterum, quod suprà in specie facti quoque exposui.

Hic

Digitized by Go

Hic † illud etiam notandum est, quod idem Joachimus Stephani *ad Novellam nostram* scribit: Imperatorem jus deliberandi mutasse, propter dies cretionum obscuros & perplexos: & in locum ejus introduxisse inventarii confectionem. In qua sententia duplex error latet. Nam † primò, quòd attinet ad jus ac solennia cretionum, (de quibus videri potest Duarenus *in anniversar. distut. lib.* 1.) non Justinianus ea sustulit: sed ante ipsum Theodosius ea penitus amputavit: ut loquitur *l. 17. cretionum. C. de Iure deliberandi.* Nihil itaque Justinianus ampliùs laborare necesse habuit, de cretionum jure, utpote jam pridem sublato atque abolito: nihil etiam fuit, quod hanc ob causam jus deliberandi mutaret. Deindè, † non rectè dicitur, inventarii confectionem introductam sive substitutam esse in locum juris deliberandi: quasi hoc sublatum esset: Imò Justinianus integrum suoque in loco reliquit jus deliberandi, quale invenerat, nec in eo quicquam mutavit: ut ita hodiè etiam, nō minùs quàm olim, quilibet eo uti possit: si hoc habet, quam aditionem hæreditatis, cum beneficio inventarii: sed hoc interest, quod qui deliberandum sibi existimaverit, atque ita hæreditatem adierit, is veteri gravamini se supponit, ut loquitur Imperator, id est, adeundo in solidum obligatur creditoribus defuncti, etiam ultra vires hæreditatis: adeundo quippe, quasi contraxit ut explicatur *ad titul. Iuris de Oblig. quæ quasi ex contract. nascuntur.* à quo gravamine liber & exemptus est is, qui inventarium confecit. Nam hic eatenùs tantùm tenetur, quatenus est in facultatibus defuncti. Atque hoc discrimen tam clarè docetur ab Imperatore ipso, *in §. extraneis. Instit. de hæred. qualit. & differ. & in l. ult. C. de Iure deliberand.* ut mirer reperiri quenquam, qui id neget, aut dicere ausit, in locum juris deliberandi introductum esse beneficium inventarii. 10 11 12

Illud † minùs me offendit, & faciliùs admiserim: quod idem Stephanus ait, quæ de transmittendo jure deliberandi sunt dicta, eadem servanda esse etiam in conscriptione inventarii: ut scilicet hoc quoque jus ad hæredem transmittatur, non minùs quàm jus deliberandi: tametsi de hoc nihil dicat Imperator in totâ Novellâ, neq; ab aliis interpretibus hoc moveri viderim. Est tamen consentaneum & consequens juri priori. 13

Porrò, quia Imperator in hac Novellâ inter se confert duas illas leges celeberrimas, *19 & 18 sub titulo Cod. de jure deliberand.* in quibus agitur de transmissione hæreditatis, ut & *in l. unic. C. de his qui ante apert. tabul. hæreditat. transmit.* † operæ pretium est legere ad hoc argumentum, quæ post veteres interpretes ibi commentati sint Clarissimi Jurisconsulti, Sichardus, & Hubertus Giphanius noster: quorum ille *ad d. l. 18 si infanti. §. sin verò. num.* 1 hanc rem vocat valdè difficilem, sed tamen utilem & necessariam: hic aliam quoque observat differentiam inter dictas leges, præter illam, quæ à Justiniano indicatur *in hac Novellâ* nempè, *in l. 18* agi de patre, in quem transmittatur hæreditas filii infantis: *in l. verò 19.* de extraneo hærede deliberante, qui intra tempus deliberationis moriens transmittit hæreditatem beneficio eius legis. 14

Postremò † observa hanc Novellam neque apud Julianum, neque in veteri translatione extare: unde factum est, ut neque Johannes Summista, neq; Bar- 15

tolus, neque alii veteres interpretes in eam ſcripſerint. Cujusmodi aliæ quoq; ſunt Novellæ, quas hodiè habemus, cùm illi non habuerint. Sed cum hæc noſtra valdè ſit præclara: & in Haloandri ac Scrimgeri editione extet: & multa complectatur memoratu digniſſima: quæque ad uſum vitæ communis conferre poſſint: paulò diligentiùs ſub hoc capite eam explicare, & ab erratis nonnullis vindicare volui.

CAP. XXII.

De Collationibus inter hæredes faciendis, Von Einwerffung der Güter. *Ad Nov. 18. c. 6. & Auth. ex teſtamento. C. de collation.*

Et obiter quoque de minore 25. annis petente reſtitutionem adverſus additionem hæreditatis, quam ſemel fecit. *Ad Novell. 119. c. 6. adhæc quoque.*

SUMMARIA.

1 *Collationes utriq; ſucceſſioni communes ſunt.*
2 *Commendatio hujus materiæ.*
3 *Propoſitio & Partitio capitis.*
4 *Quid ſit collatio?*
5 *Quo jure quáq; ratione introducta?*
6 *Inter quos locum habeat?*
7 *Quando conferendum ſit, vel non?*
8 *Quid conferendum ſit, aut non ſit?*
9 *Quomodo facienda collatio?*
10 *Quibus juris remediis collatio obtineri poſſit.*
11 *Effectus collationis.*
12 *Remiſſio ad alios auctores.*
13 *De minore reſtitutionem in integrum petente adverſus additionē hereditatis, remiſſiuè.*

ETſi jam ſuprà per occaſionem nonnihil dixi de collationibus *parte 5. c. 6.* quæ hic etiam repeti poſſunt: placuit tamen hoc in loco idem argumentum reſumere, & pleniùs tractare: idq; ideo, † quia collationes quoq; pertinent ad communia utriuſq; ſucceſſionis. Nam jure 1
noviſſimo non tantùm ab inteſtato, ſed etiam ex teſtamento locum habent, & fieri debent. Eſtque † hujus juris uſus hodièque & frequens & ferè quoti- 2
dianus: neque planè caret difficultate; ut omnes teſtantur Doctores. (Giphanius Sichardus, & alii)

Videndum † autem ordine ac breviter de his octo capitibus 1. Quid ſit col- 3
latio. 2. à quo, ſive quo jure, & quare introducta. 3. Quis & cur debeat conferre, ſive inter quos locum habeat collatio, vel non. 4. Quando conferendum ſit vel non. 5. Quid conferendum, vel non ſit: ſive ut Dn Weſembecius loquitur, quę ſit materia collationis. 6. quomodo collatio facienda ſit. 7. quibusnam juris remediis impetrari vel obtineri poſſit collato 8. & ultimò quis effectus ſit collationis.

Primùm † igitur collatio, eſt confuſio bonorũ propriorum cum paternis: ut 4
definit Cujacius *in paratit. Digeſt.* vel, eſt commixtio ſive confuſio bonorũ propriorum cum paternis quæ fit inter fratres ab inteſtato, & jure novo, etiã ex teſtamento, ut ea omnia inter ſe ex æquo partiantur: ut idem Cujacius paulò pleniùs definit *in paratit. C. tit de collat.* vel deniq;, eſt rei propriæ illatio in commune ſive in medium, (ut loquitur *l. 4. C. de collat.*) ut cõmuni hæreditati permixta æqualiter inter omnes cohæredes dividatur. Secun-

Digitized by Google

Secundò, † introducta est collatio, 1. jure prætorio & quidem ex æquitate 5
quadam (quam solet spectare prætor: ut explicatur *ad tit. Inst. de bonor. possess.*) contra jus strictum. *arg. l. 19. C. de collat.* Deinde etiam aucta & latius producta est per interpretationem prudentum & per constitutiones principum. Ratio introducti hujus juris illa est, ut servetur æqualitas. *l. 20. illud. & ibi Bart. alique. C. d. tit.* Æqualitas enim, ut vulgò jactatum est proverbio, non facit bellum: (τὸ ἴσον πόλεμον δ' ποιεῖ.) eaque potissimum inter liberos spectanda est. *l. 77. cum pater. §. dulcissimis. 20. D. de leg. 2. l. ult. C. communia utriusque judicii. & l. 17. C. de collat. Nov. 22. de nupt. c. 48 sive ult.*

Tertiò, † Locum habet collatio, non inter legatarios, non in fideicommissa- 6
rios particulares, sive rerum singularium, neq; inter eos, qui ex codicillis, aut nomine dotis, aut donationis causa mortis, cõmuniter aliquid capiunt: (qui omnes sunt successores singulares) sed tantum inter cohæredes sive universales successores: ac ne quidẽ inter hos omnes, (Nõ enim inter ascendentes, nõ inter collaterales) sed tantùm inter descendentes, sive liberos: & inter hos tũc demũ, quãdo nemo eos præcedit gradu, & legitima eis debetur. Porrò jure novissimo fit collatio non tantùm inter emancipatos & suos, ut olim: sed etiam sui *ex Nov. 18. c. 6.* conferunt suis, & sui emancipatio, vel contrà: & emancipati emancipatis: nec filii tantum vel filiæ, sed etiam nepotes vel neptes, tàm si inter se soli sint, quàm si cum filiis vel filiabus concurrant.

Quartò † conferendum est, non tantùm quando ab intestato succeditur, 7
sicut olim, sed etiam quando ex testamento, nec tantùm inter eos, qui eodẽ jure (ut olim) sed etiam inter eos, qui diverso jure veniunt, sive succedunt. Bart. *& Dd. add. Auth. ex testamento.* (quæ sumpta est ex *Nov. 18.*) *C. de collat.* Contrà, non est conferendum, quando testator expressè prohibuit, vel remisit, ne fieret collatio. Talis enim prohibitio vel remissio collationis valet; idque ideò quia parentibus liberum est, uni liberorum plus relinquere quàm alteri: dummodò ne quis defraudetur in legitima. *l. 8. parentibus. C. de inoffic. testament. & dixi supra dictâ parte sextâ.* Etsi enim suadetur parentibus, ut servent æqualitatem inter liberos. *d. Novell. 22. cap. ult.* tamen suasio sive consilium non est propria virtus legis; neque necessitatem affert, sicut jussio seu præceptum. Non etiam fit collatio, quando extranei instituti sunt hæredes. *argument. l. illam. 19. & l. ult. C. de collation.* facit huc etiam *l. 1. § 5. D. eod. tit.* Quid si pluribus filiis institutis hæredibus admixtus sit aliquis extraneus hæres (unus vel plures) Respond ne tum quidem extraneus conferre cogitur, sed soli inter se filii. *Accurs. in l. ult. in verb. omninò. C. communia utriusq; judicii:* & huc facit *l. 21. hac consultissima §. 1. C. de testamento.*

Quintò, † Conferri debet jure novo dos & donatio propter nuptias & bona 8
profectitia, quę succedens (vel heres) tépore mortis defuncti, cui succeditur, in bonis habuit. Et in summà, conferri debẽt omnia, quæ etiã in legitimã imputãtur, ei, qui de inofficioso testamẽto querelam movere vult. *arg. l. pen. C. de collat.* Hinc ex cõtrario datur intelligi, regulariter non venire in collationẽ bona adventitia: non etiã castrensia & quasi castrensia non etiam ea, quæ hæres tempore

mortis defuncti (cui succedi debet) in bonis non habet, sed jam alienavit: non quæ ob causam data sunt: non donationem simplicem, paucis exceptis casibus (de quibus explicat Cujacius *in observ. lib 3. cap 30.*) non sumptus in studia filii à patre prærogatos: (nisi appareat contraria voluntas patris) non impensas in elocationem filiæ factas: non denique id, quod pater dedit pro redemptione filii capti ab hostibus.

9 Sextò, † Collatio fit, aut re, aut cautione pro portionibus hæreditariis: vel etiam ita fit, ut qui non confert, cogatur tantò minus accipere ex divisione hereditaria, quantum facit, quod jam accepit. Er muß so lang zu ruck stehen in der Theilung / biß die andern auch so viel bekommen haben / als er schon hat. Deinde rem ipsam conferre oportet: non autem sufficit regulariter, si hæres dicat, se paratum conferre æstimationem rei.

10 Septimò, † Remedium juris quo collatio obtineri potest, primùm est imploratio officii judicis: ut docet Sichardus *ad tit. C. de collation.* Secundo, denegatio actionum hæreditariarum: tertiò objectio exceptionis.

11 Octavò & ultimò, † Effectus collationis hic est, ut bona collata communiter dividantur inter liberos: atque ita æqualitas conservetur & concordia inter fratres & sorores: cum inæqualitas soleat esse materia discordiæ, inter eos potissimùm, qui se pari jure gaudere oportere existimant. Effectus quoque est, ut actiones hæreditariæ competant: quæ denegatâ collatione poterant denegari, vel per exceptionem excludi.

Atque hæc ferè sunt præcipua capita, quæ de collationibus tractari possunt:

12 † quorum omnium plenior explicatio petatur ex his locis, quæ subiiciam: videatur ergò Wesembecius *in paratit. D. gest. de collatione bonorum & de collatione dotis.* Treutlerus *vol. 2. disput. 17.* ubi plures allegantur, qui ex professo de collationibus scripserunt: Item Cujacius *ad Novell. 18. parte 3. & in Paratit. C.* Item Fern. Vasquius *lib. 2. de successionum resolutione, §. 19 per tot.* Item Johan. Sichardus, & Dn. Giphanius *ad l. 13. Codicis, de collat.* Et A. Fachinæus *lib. 5. controvers. jur. cap. 77. cum 6. seqq.* quibus 7. capitibus materiam collationis ferè omnem per XIX. conclusiones diligenter explicat. Item Hartwicus à Dassel *ad consuetudines & statuta Luneburgensium art. 16. n. 41. cum novem seqq. & artic. 19.* His omnibus adhiberi quoque potest *titulus 19* in Palat. Elect. constitutionibus *parte 4.* & in Roformatione Noricâ, *tit. 36. l. 1. §. 2.*

13 Ad † secundum membrum hujus capitis quod attinet, id est de minore 25. annis, restitutionem in integrum petente adversus aditionem hæreditatis, res non est difficilis: ac peti potest ex *Novellâ 119. c. 6.* junctâ *Authenticâ, si omnes. C. si minor ab hereditate se abstineat.*

EINIS PARTIS SEPTIMÆ.

PARS

PARS OCTAVA

METHODICÆ NOVELLARUM EXPOSITIONIS: QUÆ EST, DE TUtelis, & curationibus.

PROŒMIUM.

De ratione Ordinis, & de Novellis, quæ huc pertinent.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Ratio separationis huius tractatus à superiori proximo.*
3 *Catalogus Novellarum & Authenticarum de hoc argumento.*
4 *Non omnes hæ Novellæ & Authenticæ, sicut nec aliæ, iura novum continent.*
5 *Distributio huius tractatus in tria capita.*
6 *Patrocinium pupillorum magistratus decet maximè.*
7 *Plurali, Novellarum ad legitimam tutelam, pauca ad testamentariam pertinent.*
8 *Commentatores ad materiam de Tutelis.*

NOn † est inconveniens, post utriusque successionis expositajura tractare de Tutelis. Nam neque successio, neque tutela ferè locum habet, nisi mors intervenerit. Deinde sive ex testamento, sive ab intestato succedatur, si impubes adsit, is tutorem recipit. Præterea sicut hæreditas alia est testamentaria, alia legitima; ad eundem modum & tutela, & tutor alius est testamentarius, alius legitimus: quibus postea etiam dativus accessit, ut ex principiis juris notissimum est. Unde † apparet, tutelas quoque pertinere ad communia utriusque speciei successionis, de quibus ad finem superioris partis egimus. Meritò autem illis Novellis, quæ agunt de tutelis propriam attribuimus classem à superiore separatam; quia latiùs hoc argumentum patet, quàm ut commodè potuerit superiùs, tanquam in appendice, pertractari. Sunt † enim aliquot Novellæ, quæ de tutelis ac tutoribus aliquid constituunt. Ut *Nov.22. Nov.72.* & *Nov.94.* (& hæ quidem duæ in primis) item *Nov.117.c.1.* & *Nov.118.inf.* & *Nov.123.c.5.* denique *Nov.155.* Sunt & Authenticæ aliquot huc pertinentes, ut 1. *Auth.sicut hereditas. C.de legit.tut.* 2. *Auth.minoris debitor. C qui dare tut.vel cur.* 3. *Auth.matri & aviæ.* 4. *Auth.sacramentum.* & 5. *Auth.adhæc. C quando mul.tut.offic.fung.potest.* 6. *Auth.ejusdem. C.de secun. nupt.* 7. *Auth.novissimè cautum. C.de admin.tut.vel cur.* 8. *Auth.quod nunc generale. C. de curat.furios.* 9. *Auth. Presbyteros*, quæ subjungitur post *l.52.generaliter. C.de episc. & cleric.* Quibus † locis omnibus quid contineatur novi aut veteris juris, deinceps cognoscendum erit per aliquot capita. Dixi, *quid novi aut veteris juris* Nam ut aliàs admonui, non omnia, quæ in Novellis continentur, jus novum constituunt, aut veteris correctorium sive abrogatorium: sed multa etiam jura, quæ anteà obtinebant per Novellas retinentur in usu, & confirmantur: quod fit etiam in hoc ipso argumento tutelarum, quod nunc tractandum suscipimus.

Digitized by Google

5 scipimus. Videntur † autem pleraque omnia referri posse ac revocari ad hæc tria capita. 1. de Personis Tutorum. 2. de officio eorundem: atque obliga-
6 tione, quod erit tertium. Observetur † & hoc in principio hujus tractatus, quantæ curæ fuerit Imperatori, ut pupillis & minoribus, aliisque personis, semetipsas defendere non valentibus, rectè consulatur. Quibus etiam se patrem constituere ait, ut videre est *Nov. 72. in pr. & §. pen.* Qua ex re laudabile exemplum meritò capient hodièque omnes magistratus, & supremi & alii. Scire enim debent, si ullà in re imitatione ad DEUM proximè accedere possint, hac certè vel maximè ei conformes sese fieri posse. Nam & DEUS in sacris literis, se *patrem orphanorum, & viduarum* profiteri non dedignatur: *facit huc tit. C. quan-*
7 *do Imp. int. pup. vel vid.* Hoc † etiam initio notari velim, quod Imp. de testamentariâ tutelâ pauciſſima hic attingat, & nihil ferè novi constituerit. Nam
8 pleraque in Novv. pertinent ad tutelam legitimam, ut mox apparebit. Si † quis commentatores requirat, qui de tutelis scripserint, eum remittam partim ad Interpp. *Instit. lib. 1.* & ad Tractatum Tractatuum. item ad Jodoci Damhouderii insigne opus, quod inscripsit, *Patrocinium Pupillorum.*

CAP. I.

Qui tutores esse possint, vel non possint: Et primùm de Tutela Clericorum. Ad Novell. 123. cap. 5. & Authent. Presbyteros. C. de Episc. & Cleric.

SUMMARIA.

1 *Plaraqua qua de Tutoribus dicuntur, etiam ad Curatores pertinent.*
2 *Morbus nostris inter tutelam & curam parùm interest, secus quam olim.*
3 *Κηδεμὼν, ἐπίτροπος, κουράτωρ, promiscuè ferè Iustiniano usurpantur.*
4 *Personæ sacræ an tutelam suscipere vel possint, vel cogantur, vel permittantur?*
5 *Tutela clericalis conditiones duæ.*
6 *Error translationis Vulgatæ in Novell. 123. cap. 5.*
7 *Legitimam tantùm tutelam subire clericis permittitur, iure Novellarum, secus quam iure Codicis.*
8 *L. generaliter C. de Episcop. & Cleric. canonizata.*
9 *Immunitas à tutelâ episcopis & clericis vacantibus non conceditur.*
10 *Cognationis vocabulum quemodo accipiatur in Nov. 123. c. 5 & in Auth. sicut hæditat. C. de legit. tut.*
11 *Ad quem usque gradum vocentur clerici cognati ad tutelam?*
12 *An tutela curave superveniente episcopatu aut monachismo finiatur?*
13 *An Novell. 123. & Authent. presbyteros. C. de Episcop. & Cleric. corrigatur per c. ult. distinct. 86?*
14 *Conciliatio d. Novellæ & Authenticæ, cum d. canone.*
15 *Quis de tutelâ clericorum sit iudex competens?*

QUÆ de tutelis sunt in jure nostro constituta, pleraque facilem habent intelligentiam. Sunt autem huc præviæ cujusdam cognitionis causâ afferenda, quæ in Institutionibus de his traduntur. Et admo-
1 nendum † initiò, ferè quæcunque de tutoribus hîc constituuntur,
2 eadem etiam de curatoribus intelligenda esse. Quemadmodum † morbus quoque

quoque noſtris parvi refert, utrum quis tutelam alicujus, an curam geſſerit: utriuſque enim muneris hodiè ferè eædem ſunt partes, eademque ex utroque proficiſcitur obligatio: tametſi olim inter tutelam & curam non parùm intereſſet, ſicut differentias illas jam olim annotavi *ad Inſtit.* Videatur etiam Hubnerus *in comm. de d. ff jur.* Utitur † autem Imp in hac materia vocabulis ἐπιτρο- 3
πῆς, κηδεμονίας, κυρατορείας; item ἐπιτρόπων, κηδεμόνων, & κυρατόρων. Sed omiſſis & vocabulis, & generalibus hisce, incipiamus de reipſa, & quidem ſpecialiora tractare.

Primus occurrit locus, de Perſonis Tutorum: Huc pertinet ante omnia *Nov. 123. c. 5. & Auth. Presbyteros. C. de Epiſc. & Cleric.* ubi agitur de † Perſonis ſacris, 4
an tutelam ſuſcipere vel poſſint, vel cogantur, vel permittantur. Quæ res diſtinctione explicari poteſt hujusmodi: Perſonæ ſacræ aut ſunt Epiſcopi, vel monachi: & hi tutelam cujuslibet perſonæ ſubire omninò prohibentur, adeò ut ne quidem volentes ad eam admittantur: cujus prohibitionis hæc ratio eſt, ut hujusmodi curis liberi ac ſoluti tantò magis orationibus, & reliquo cultui divino vacare poſſint. Plus enim requiritur ab Epiſcopis & Monachis, quàm in vulgaribus clericis, qui ſunt infra Epiſcopum. Aut ſunt Presbyteri, vel Diaconi, vel Subdiaconi. Et hi ſi ad tutelam vel curam jure cognationis vocentur, eam ſuſcipere permittuntur: *d. Nov. 123. c. 5. & d. Auth. Presbyteros.* Quod intelligendum eſt, ſi velint eſſe tutores vel curatores: nam inviti non compelluntur: ut rectè monet Cujacius *ad d. Nov.* arg *l. 52.* (aliàs *40.*) *generaliter. C. de epiſc. & cler.* Idemque & Joh Faber multò ante ipſum annotavit *in Breviario Cod. ad d. Auth. Presbyteros.* Sed † additur certa conditio, ſive certus modus huic tu- 5
telæ, ut ſic loquar, clericalis, ſuſceptioni: videlicet ut intra quatuor menſes, ex quo ad eam vocati ſunt, ſive poſtquam eis delata eſt, in ſcriptis declarent apud competentem judicem, ſe propriâ voluntate adminiſtrationem talem ſuſcepiſſe. Eſt & altera cõditio, ut clericus, qui unam tutelam vel curam, ita ut dictum eſt ſuſceperit, nullum ex hoc patiatur præjudicium circa aliam (in *d. Auth Presbyteros.* legitur, *Alienam.* Idque vel eodem ſenſu debet accipi, pro *Aliam*: vel etiam corrigenda lectio in *Aliam.*) tutelam vel curam, hoc eſt, ut plures unà ſubire non cogatur. Qua tamen additione vix opus eſſe videbatur, ſiquidem ne primam quidem, & unam ac ſolam invitus quis ſuſcipere cogi poteſt. Ergo multò minùs, ut plures ſuſcipiat, cogi poterit.

Significanter † autem Imp. loquitur in d. Nov. *Jure, & quidem ſolo cognatio-* 6
nis vocatos. Ita enim rectiùs vertenda ſunt Græca cum Haloandro, & Irnerio ac Juliano: quàm vetus Interpres reddidit, qui habet, *proprio & ſolo cognationis gradu vocatos.*

Rectiſſimèque † ait Julianus: *munus adminiſtrationis in hoc caſu tantùm ſu-* 7
ſcipere concedatur. Excluditur ergo hic, tutela teſtamentaria & dativa. Et annotat Cujacius *ad d. Nov. 123.* ex Epiſt B Cypriani *lib. 1.* Conciliis vetitum fuiſſe, ne clerici teſtamento tutores darentur Sed tamen per *l. generaliter. 52.* quæ eſt Juſtiniani. *C. de epiſc. & cler.* Clerici teſtamento dati tutores non prohibebantur tutelam ſubire, quamvis eſſent Epiſcopi; tantùm immunitatem habebant be-

neficij loco ſibi tributam, ut ſi nollent, non cogerentur tutelam ſuſcipere: & quidem immunitatem, ipſo jure, ut loquitur textus; hoc eſt, ut non eſſet opus allegatione aut excuſatione ullâ quâ alii tutores uti debent, niſi periculo ceſſionis ſeſe obſtringere velint. Cùm autem invito beneficium non detur. *l.69. invito.ff. de R. I.* Sed unusquisque juri ſuo & favori renunciare poſſit. *l. pen. C.de pact.cum ſimil.* Hinc colligimus, licuiſſe per eam legem Epiſcopis, Monachis, aliisque clericis, immunitate ſibi conceſsâ non uti. Sed ſi vellent tutelam etiam teſtamentariam ac dativam, non minùs, quàm legitimam ſubire. Verum huic legi Codicis ita, ut diximus, derogatum eſt per *Nov. 123.* quam etiam ob cauſam rectè Irnerius *Auth. Presbyteros*, ex *c.5.d. Nov.* decerptam, ei legi ſubiunxit.

8 De † eadem *l. generaliter.* hoc quoque obſervo eam eſſe Canonizatam, id eſt, per Gratianum in Jus Canonicum relatam ut videre eſt *c.40 general. ter. c.16.q.1.* Sed non rectè ibi ad Leonem Auguſtum refertur; cum ſit Juſtiniani conſtitutio.

9 In quâ † inſuper & hoc notandum; immunitatem illam non concedi Epiſcopis & clericis vagantibus extra ſuam Eccleſiam, ſuique muneris negligentibus, ſed iis tantum dari, qui officium faciunt. Idque optimâ ratione: Nam & aliàs deſides & inertes non debent gaudere aut frui iisdem beneficiis ac privilegiis, quæ diligentibus atque induſtriis conceduntur.

10 Obſervandum † autem, quod dicitur in d Nov. & Auth. *Iure cognationis vocatos.* Cognationis enim vocabulum hîc promiſcuè & generaliter intelligendum eſt, tàm de cognatione ſeu proximitate, quæ per fœminas, quam de agnatione, quæ per mares jungitur: Inter quæ jura Imp. nullum ſubeſſe diſcrimen voluit, nec quoad hæreditates legitimas, nec quoad tutelas. *Nov. 118.c.5.& Authent. ſicut hæreditas. C. de legit. tut.* Et dicetur etiam rurſus *in fra ſub alio capite.*

11 Sed quæritus, † quoto gradu, ſeu ad quem usque gradum vocentur clerici cognati ad tutelam? Et quamvis Joh. Faber *ex Irnerio* annotet, usque ad quartum gradum: tamen hoc *in d. Nov.* tanquam in fonte non habetur. Verius itaque eſſe puto, quamdiu, & ad quem usque gradum defertur ſucceſſio (de quâ *parte præced.* dictum eſt, usque ad 10 gradum, vel ſecundum recentiores quosdam etiam ulteriùs) tamdiu tutelam quoq; ipſis deferri: Nusquam enim à communi regulâ excepti reperiuntur clerici: ut proinde meritò relinquantur ſub regulâ, donec probetur exceptio. facit etiam huc *l.73.ff. de R. I.*

12 Quæritur † porrò de eâ tutelâ vel curâ, quam quis ante Epiſcopatum vel monachatum ſuſceperat, & adminiſtrabat, an ſuperveniente Epiſcopali munere, vel ingreſſu in monaſterium finiatur? Et Joh. Faber *ad d. Authen. Presbyteros.* poſt Speculatorem, quem Giphanius *patrem Pragmaticorum* vocat, negat finiri. Cui tamen ſententiæ abiici poſſet, quod res extinguatur ſeu deſinat, poſteaquam in eum caſum devenerit, à quo incipere non poterat. Sed ſunt quædam negotia, quæ ſemel ritè cœpta durent: etiam ſi poſteà inciderint in talem caſum, unde non poterant incipere: quâ de re alibi dixi *ad tit. Inſt. de legat.*

13 Quæritur † item, an *d. Nov.* quæ permittit clericis, ſi velint tutelas jure cognationis ſibi delatas ſuſcipere (unde intelligi datur, invitos non poſſe cogi) an, inquam, ea Nov. corrigatur per *can. ult. pervenit. Digeſt. 86.* ubi refertur Canon con-

non concilii Chalcedonenſis, dicens; *Clericos inexcuſtabiles attrahi legibus ad tutelas ſive curationes minorum.* Si attrahuntur inexcuſtabiles. Ergo non permittitur res ipſorum arbitrio, utrum velint ſuſcipere vel recuſare tutelam ſibi delatam: ſed coguntur eam ſubire. Ex quo certè dicendum videbatur, caput illud *Nov. 123.* & *Auth. Presbyteros*, per illum Canonem abrogari. Eaque fuit olim ſententia veteris Gloſſatoris Johannis, ut refertur à Joh. Fabro *in Breviario Cod.* Sed contraria ſententia, quam ibidem addit quod ſcilicet non abrogetur, mihi quoque longè verior videtur. Moveor, tùm quia non ſolent Epiſcopi in conciliis ſuis abrogare leges Imperatorum: ac ne quidem id facere poterant. Quod argumentum alibi latiùs examinavi. Tùm quia *Nov. 123.* (quemadmodum & aliæ Novellæ) poſterior eſt concilio Chalcedonenſi, ut patet tàm ex chronologiâ ejus concilii, quàm ex *Nov. 131. cap. 1.* ubi inter alias ſynodos etiam Chalcedonenſis fit mentio: ſicut etiam in *l. 7. cum velimus. §. per omnia. 4.* & *l. 8. §. ſuſcipimus. C. de ſum. Trin. & fid. Cathol.* Eſt autem valdè abſurdum dictu, quod canon præcedens & antiquior tempore, abroget legem ſeu conſtitutionem ſequentem, ſive tempore poſteriorem: cùm potiùs contrarium fieri ſoleat: nempe ut conſtitutiones tempore poſteriores, potiores ſint his, quę ipſas præceſſerint. *l. fin. C. de conſt. princ.* Ne † tamen pugna quædam relinquatur inter. *d. can.* & *h. Nov.* atque *Auth.* dicendum puto: eum canonem eſſe accipiendum de certis quibusdam caſibus neceſſitatis, ob quam clerico etiam invito injungenda ſit tutela, non admiſſis eius excuſationibus. Atque ita ſentire videtur etiam Joh. Faber, cùm ait: *non poſſunt cogi clerici, niſi pro miſerabilibus perſonis: quo caſu etiam Epiſcopus poteſt presbyteros cogere. Et intellige miſerabiles, quæ non poſſunt cibos habere commodè: aliàs autem omnes pupilli & viduæ ſunt miſerabiles.* Et in fin. ibidem addit: *Item dic, quod prima pars mutatur, ſi Epiſcopus ex causâ præcipiat.* 14

Poſtremò † quia *d. Nov. 123. c. 5.* & *d. Auth. Presbyteros*, nominat *competentem judicem*: quæritur quis ſit hoc caſu competens judex? utrum ſecularis, an Eccleſiaſticus, an uterque ſimul? Hanc quæſtionem attingit Pariſius *in addit. ad Bartol. n d. Auth. Presbyteros*, remittens lectorem ad Baldum *in l. generaliter. C. de epiſc. & cler.* & ad Decium *conſ. 16. ad fin.* 15

Atque hæc hactenùs de perſonis ſactis, quæ an, & quando poſſint eſſe, vel non eſſe tutores: obiter etiam quando cogi poſſint ad tutelam ſuſcipiendam.

CAP. II.

De tutelâ matris & aviæ. Ad Novell. 118. cap. 5. & Novell 94. cap. 2. junctâ *Authent. matri & aviæ. cum Authent. ſacramentum C. quando mul.*

SUMMARIA.

1 *Tutelæ officium virile eſt, ſive maſculorum, eſt.*

2 *Sexus muliebris infirmitas fœminas tutrices eſſe prohibet, eaque potiùs in aliorum tutelâ eſſe iubet.*

3 *Legis 73. in princ ff de reg. iur. ὑστερολογία.*

4 *Cur in l. 16 ff. de tutel. tutela dicatur* PLERUNQUE *eſſe officium civile?*

5 *Exceptiones regulæ ſuprà num. 1. propoſitæ: ſeu quibus caſibus, & quatenùs fœmina tutelã gerere poſſint?*
6 *De naturalium liberorum tutelâ paſſivâ.*
7 *Quid circa tutelam fœminarum vel novi iuris introduxerit, vel veteris reliquerit Iuſtinianus in Novellis?*
8 *Cur mater & avia qua tutrix eſſe vult, ſecundis nuptiis renunciare debeat, & cur per ſecundas nuptias tutelam amittat?*
9 *Cur requiratur etiam renunciatio SCti Velleiani?*
10 *Cur matri aviæque tutelam liberorum ſuſceptura, nec ſi ætatem eius arandi ſecundas nuptias remiſerit Iuſtinianus?*
11 *Pupilli ne committantur, præcavere magiſtratus debet.*
12 *Emendatio textus Gracii in Nov. 94. editionis Stephanianæ ſive Scrimgerianæ.*
13 *Quod raro fit, id non attendunt legislatores.*
14 *Error Ioach. Stephani in interpretatione iuris Novellarum circa tutelas.*

---

1 QUemadmodùm † mulieres ab omnibus aliis officiis ac muneribus civilibus ſunt remotæ: ut neque judices, neque magiſtratus, neque advocati, neque procuratores eſſe poſſint *l. 2. & ibi latè DD. ff. de R. I.* ita etiam à tutelâ arcentur regulariter: ut notant Dd. *ad d. l. 2.* ubi etiam *in commentariis* dixi. Hinc Cajus quoque *virile officium* appellat tutelam, in *l. 16. tutela. ff. de tutel.* & Neratius, *munus maſculorum* in *l. ult. eod. t.* quomodo & Imp. Alexander reſcripſit Otaciliæ in *l. 1. C. quando mul. tut. off. fungi pot. Tutelam adminiſtrare virile munus eſt: & ultra ſexum fœmineæ infirmitatis tale officium eſt.*

2 Ex † quâ lege ſimul rationem ejus juris intelligimus: cur, inquam, fœminæ à tutelæ adminiſtratione arceantur? nempe ob fragilitatem ſeu infirmitatem ſexus hoc ita conſtitutum eſſe. Quamobrem olim quoque fœminæ ipſæ in perpetuâ aliorum tutelâ erant, ut didicimus ex Cicerone & ex fragmentis Ulpiani *titul. 11.* & hodie in jure Saxonico ſimile quippiam remanſit; quo jure multa ſunt, quæ mulieres ſine curatore agere non poſſunt. Eſt autem abſurdum, ut qui ipſe aliena indiget protectione, defenſione, ac ſolicitudine, is aliorum tutelam gerat. Nam qui ſibi ipſi conſulere, aut ſatis ſapere non poteſt, quo pacto aliis rectè conſulere queat, vel præeſſe? Hinc fit, ut etſi regula juris vult, ut ubi eſt ſucceſſionis emolumentum, ibidem etiam ſit onus tutelæ. *arg. l. 10. ſecundum naturam. ff. de R. I.* tamen ea regula vitietur ac perdat officium ſuum, quoties hæreditas defertur fœminæ: hæc enim ad hæreditatem quidem vocatur, ſed non et-

3 iam ad tutelam *l. 73. in pr. ff. de R. I.* (Quæ † regula vulgò perperàm invertit ordinem, & priùs dicit de tutelâ, poſteriùs de hæreditate, cum contrarius debeat eſſe ordo, ut rectè admonuerunt recentiores Hotomannus Antonius Faber, & Phil. Matthæus. Imò etiam olim hoc vidit Placentinus, quem Cujacius quoque laudat *in comm. ad Reg. Iur.*) *l. 1. §. 1 & l. 3. §. ſi duo. ff. de legit. tut. §. ult. I. de*

4 *legit. patr. tut.* Sed † quid cauſæ eſt, cur in *d. l. 16. ff. de tutel.* dicatur: tutela plerunque virile officium eſt: cur, inquam, additur, *plerunque*, nec ſimpliciter dicitur, *tutelam eſſe virile officium?* Mihi non eſt dubium, quin hoc factum ſit ad indicandam exceptionem, quæ additur in *l. fin. eod. t.* de matre, quæ tutelam liberorum à principe impetravit. Non diſplicet quoque aliorum conjectura, qui putant hanc eſſe Triboniani interpolationem propter *l. 2. & l. ult. Cod. quando*

5 *mul.* Regulariter † itaque mulier tutelæ officio ob cauſas modò dictas fungi non

Digitized by Google

gi non poteſt. Sed 1. excepta eſt moribus mater, quæ tutelam liberorum ſuorum à principe ſpecialiter impetraſſet. *d. l. fin. ff. de tutel.* Deinde conſtitutionibus principum excepta eſt mater, & quidem certis conditionibus ad tutelam liberorum admiſſa: videlicet ſi & ipſa eſſet major 25. annis, & ſi nulli eſſent pupillorum tutores neque teſtamentarii, neque legitimi; aut ſi qui fuerint excuſarentur, aut ut ſuſpecti removerentur. Nam ſi qui extarent alii tutores, tunc mater non admittebatur ad tutelam. Tertiò, ſi poſtularet atque impetraret à magiſtratu confirmationem. Quartò ſi juraret ſe nolle ad ſecundas nuptias tranſire, ut eſt in conſtit. Valentiniani, Theodoſij, & Arcadij *in l. 2. C. quando mulier. tut.* Ex qua etiam hæc duo inſuper notanda ſunt: 1. quòd tutela illa materna deſinat ac ceſſet, quam primùm mater alteri viro nupſerit. 2. quòd etiam alterius mariti, id eſt, vitrici, bona tacitæ hypothecæ jure obligata ſint liberis prioris matrimonii pro omni damno parvulorum: ne quid ipſis depereat incuriâ, vel fraude. Deindè † Juſtinianus in *l. ult. eod. tit.* hoc addidit ad ſuperiorem conſtitutionem, ut poſſet mater etiam naturalium liberorum tutelam ſuſcipere actis intervenientibus, & eiuratis ſecundis nuptiis, & renunciatione factâ SC. Vellejani, & ſubſtantiâ ſive bonis ſuis, ſuppoſitis, hoc eſt, expreſsâ etiam hypothecâ obligatis, & cæteris quoque omnibus obſervatis, atque obtinentibus, quæ de juſtis liberis, ſeu legitimâ ſobole ſunt ab aliis principibus conſtituta. Notandum hîc, quod naturales liberi, opponantur legitimæ ſoboli, item juſtis filiis. Notandum quoque, naturalium liberorum nullos eſſe legitimos tutores: Nullos enim habent agnatos, quippe quos lex pro liberis tanquam degeneres non agnoſcat: ut ex *l. ult. C. de natural. bus liber.* aliàs quoque dixi. Poteſt tamen pater ipſis tutorem dare teſtamento: & hic tutor matri præfertur, jure codicis: *arg. d. l. fin. C. quan. mul.* Non fruſtrà dico, *Iure codicis*, per Novellas enim inſigniter hæc mutata ſunt, ut deinceps exponam. Juſtinianus † itaque primùm *Nov. 44. c. 2* deinde *Nov. 118. c. 5. verſ. mulieribus.* matri etiam addidit viam, cujus in Codice nulla erat mentio: tùm utrique remiſit neceſſitatem jurandi. Exiſtimavit enim renunciationem & ſecundarum nuptiarum, & SC. Velleiani, quam ab illa exigi voluit in judicio, ſive apud acta: hanc, inquam, ſufficere. Præterea cùm anteà materà legitimis tutoribus excluderetur. *d. l. 2. C. quando mul.* voluit Juſtinianus illos deinceps à matre excludi. Ratio eſt: quia major eſt in matre & aviâ erga liberos affectio, quàm eſſe poſſit in ullis cognatis erga cognatos pupillos. 6

His mutatis, reliqua priora jura omnia integra conſervari juſſit: nempe primò ut mater & avia tunc demùm ad tutelam liberorum admitterentur, quando nullus eſt tutor teſtamento datus: Nam hîc ſi quis eſt, matri & aviæ præfertur, idque ideo, quia voluntas & electio tutoris à patre teſtatore facta meritò cuſtoditur: cùm nemo rectiùs quàm pater liberis ſuis conſulere & poſſe, & velle cenſeatur. *l. ult. in pr. C. de curat. furios. l. 22. nec in ea. §. ult. ff. ad L. Iul. de adult.* facit huc. *l. 8. Iſti in f. ff. quod met. cauſa.* Secundò hoc quoque reliquit & confirmavit Imperator, ut mater, item avia, renunciet apud acta, ſive judicialiter: tum ſecundis nuptiis, ſe videlicet nulli alteri nupturam, ſed in perpetua viduitate per 7

Digitized by Google

manſuram: tùm etiam SC. Velleiani beneficio. Tertiò, ut quàm primùm mater vel avia ad ſecundas nuptias tranſierit, hoc ipſo tutelam amittat. Quartò, ut mater nihilominùs obnoxia ſit rationibus tutelaribus reddendis, ſive ut
8 non ſit ἀνεκλόγιστος. Ratio, † quare ſecundis nuptiis renunciare debeat, quæ vult eſſe tutrix; quare item per ſecundas nuptias tutelam amittat; illa eſt: quia mutato concubitu, præſumitur mater & avia ſimul etiam mutare priorem charitatem erga liberos primi matrimonij, ut ſuprà *in tract. ſecundarum nuptiarum, parte 4* dixi, ex Homero & Ambroſio, & ex *l. 22. lex quæ tutores, circa fin. C. de admin. tut.*
9 Ratio † deinde, cur etiam requiratur renunciatio beneficii SC. Velleiani, hæc eſt, quia ſi non eſſet facta renunciatio, tunc mater judicio tutelæ cõventa poſſet opponere exceptionem SC. Velleiani, quod de interceſſionibus mulierum pro aliis, factum eſt *l. 1. & 2. ff. ad SC. Velleian.* Nam & tutela eſt ſpecies quædam interceſſionis: (non minùs, quàm fidejuſſio pro alio.) ut rectè ad-
10 monet Cujac. *ad Nov. 22. p. 181.* Rationem † denique, cur ſacramenti ſeu jurisjurandi neceſſitatem remiſerit Imp. matri & aviæ, contentus illis, quas dixi, renunciationibus injuratis, ipſemet reddit *in Nov. 94. c. 2.* quia ſæpiſſimè religio jurisjurandi contemnebatur à mulieribus, quæ nihilominùs ad ſecundas nuptias transibant, adeoque tot ferè perjuria commmittebantur, quot ſacramenta præſtabantur: eaque ratione ſumma impietate aſtringebant ſe feminæ adverſus DEUM, cui debitus honor violabatur. Putavit igitur religioſiſſimus Princeps noſter Juſtinianus, occaſionem perjuriorum præcidendam eſſe laſcivis mulierculis: commemorabili certè exemplo & imitatione digniſſimo. Debet
11 † enim magiſtratus præcavere, quantum omninò poteſt, ne perjuria committantur; & dare operam, ne cuiquam auctor perjurii ullà ratione fuiſſe videatur. Etenim temerè jurandi licentia permiſſa, perjuriis feneſtra aperitur: Nam qui
12 facilè jurat, facilè quoque peierat. Hic † noto emendationem textus Græci *in d. Nov. 94.* in quâ malè edidit Henr. Stephani, ſive Henr. Scrimgerus: ὅρκον ἀπ' ὄρκῳ διδομένου: Quam lectionem etiam Lud. Charondas ſecutus eſt *in ſua editione Novv.* Sed omninò reſtituendum aio ὅρκον ἀπίορκον. Idque cum ita conjeciſſem, libens vidi coofirmari conjecturam meam non ſolùm per editionem Noricam Gregorii Haloandri, quæ diſertè habet ἀπίορκον: ſed etiam per veteris interpretis translationem, in qua ſic legimus: *luejurandum perjurum datum.* Sed quod Juſtiniano poterat obiici, quasdam tamen mulieres reperiri, quæ non violent jurisjurandi religionem, ſed metu divini numinis, ut loquitur Ulp. *in l. 8. ff. de condit. inſtit.* ubi juraverint, perpetuam viduitatem colant: Huic objectio-
13 ni occurrit, † antiquæ ſapientiæ dicto: (ſic enim loquitur more ſuo Imp. intelligens veterum JC. ſententias) *quod rarò fit, non obſervant legislatores: ſed quod fit plerunq; hoc reſpiciunt, & huic medentur.* Quam nobiliſſimam ſententiam à Theophraſto Ariſtotelis diſcipulo, & in ſcholâ ſucceſſore, ſumſerunt Julianus & Paulus, aliique juris auctores: ut videre eſt *in l. 3. & tribus ſeqq. ff. de legibus.*

Quæ præterea continentur *in d. Nov. 94.* & tutelam maternam atque avitam pertinentia, commodiùs, infra explicabimus *ſub alio capite.*

Illud I

d by Google

Illud † non capio, quod recentiſſimus interpres Joach Stephan *ad eam Nov* ſcribit: *Hac Nov. de hæredibus ab inteſtato tantùm teſtamentarii præferuntur matri.* Quomodo enim fieri poteſt, ut ſi teſtamentarii ſint hæredes, ſint etiam hæredes ab inteſtato? Quod planè eſt abſurdum, & contra *l. quamdiu. 39 ff. de acquir. hær. & l. 89. quamdiu ff. de R. I. cum ſimil.* Etſi enim ſæpè fit, ut etiam illi teſtamento hæredes inſtituantur, qui alioquin ab inteſtato ſucceſſuri fuiſſent: tamen ex quo quis, etiam talis, factus eſt hæres teſtamentarius; non ampliùs conſideratur illa qualitas in ipſo, quam *legitimitatem* dicere poſſumus; ſive quod etiam ab inteſtato ad hæreditatem venire potuiſſet. Nam prædominatur hic voluntas teſtatoris: eaque ſola attenditur: ipſique legi hæredes ab inteſtato vocanti præfertur. Quare hoc defendi non poteſt, quod interpres ille ita inconſideratè ſcripſit. 14

CAP. III.

Si quis debitor vel creditor ſit Pupilli, an ejusdem Tutor eſſe poſſit? Ad Nov. 72. & Auth. Minoris debitor. C. qui dare tut. vel cur. poſſ. Item ad Nov. 94 junctâ, Auth. Ad hæc. C. quando mul. tut. off. fun. poſ.

SUMMARIA.

1 *Jure veteri creditor debitori, & debitor creditori pupillo, tutor eſſe potuit.*
2 *Niſi de omnibus bonis, vel maxima parte, vel de ſtatu, aut de hæreditate ſit inter eos controverſia.*
3 *Ratio exceptionis.*
4 *Jure novo ſeu Novellarum creditor debitorve pupilli vel adoleſcentis ad eiusdem tutelam aut curam non admittitur.*
5 *Vocabulum Minoris in latâ ſignificatione tàm pupillum quam adoleſcentem comprehendit.*
6 *Ratio novi hujus juris.*
7 *Error Joach. Stephani circa hanc rem.*
8 *Mater & avia à tutelâ liberorum ſuorum propter intercedens debitum enim arcentur.*
9 *Ratio hujus exceptionis.*
10 *Quid in Nov. 72. intelligendum per ἀποδέξεις τῶν χρεῶν: per De ſuſceptâ, in veteri translatione?*
11 *An eâdem ratione à gerenda liberorum tutelâ prohibitione excipiantur pater & avus, quo mater & avia?*
12 *Pœna ejus, qui ſe creditorem aut debitorem pupilli eſſe diſſimulans, tutelam ſuſcipit.*

AD locum de perſonis tutorum & curatorũ hæc etiam pertinet quæſtio, An is, qui pupillo debet, vel cui à pupillo debetur, ſive an debitor, vel creditor pupilli, poſſit eius tutelam gerere, vel curam ſuſcipere? Dicam diſtinctè primùm de jure veteri; ſecundò de jure novo, vel potiùs noviſſimo.

Ad † jus vetus quod attinet, (Ita autem hîc vocamus quidquid præceſſit Novellas) non ambigebatur, quin poſſet creditor debitori ſuo, vel contrà debitor creditori, tutor vel curator dari: & quidem adeò, ut ne quidem recuſare ſe poſſet à tutelâ vel curatione, hoc ſolo nomine vel prætextu, quòd eſſet pupilli creditor vel debitor: imò etiam ſibi ipſi poterat ſolvere tutor vel curator, 1

idemque

manſuram: tùm etiam SC. Velleiani beneficio. Tertiò, ut quàm primùm mater velavia ad ſecundas nuptias tranſierit, hoc ipſo tutelam amittat. Quartò ut mater nihilominùs obnoxia ſit rationibus tutelaribus reddendis, ſive u
8 non ſit ἀνεγκλήτος. Ratio, † quare ſecundis nuptiis renunciare debeat, qui vult eſſe tutrix; quare item per ſecundas nuptias tutelam amittat; illa eſt: qui mutato concubitu, præſumitur mater & avia ſimul etiam mutare priorem charitatem erga liberos primi matrimonij, ut ſuprà *in tract. ſecundarum nuptiarum parte 4.* dixi, ex Homero & Ambroſio, & ex *l. 22. lex quæ tutores, circa fin. C. de ad*
9 *min. tut.* Ratio † deinde, cur etiam requiratur renunciatio beneficii SC. Velleiani, hæc eſt, quia ſi non eſſet facta renunciatio, tunc mater judicio tutelæ cõventa poſſet opponere exceptionem SC. Velleiani, quod de interceſſionibus mulierum pro aliis, factum eſt *l. 1. & 2. ff. ad SC. Velleian.* Nam & tutela eſt ſpecies quædam interceſſionis: (non minùs, quàm fidejuſſio pro alio.) ut rectè ad
10 monet Cujac. *ad Nov. 22. p. 181.* Rationem † denique, cur ſacramenti ſeu juris jurandi neceſſitatem remiſerit Imp. matri & aviæ, contentus illis, quas dixi renunciationibus injuratis; ipſemet reddit *in Nov. 94. c. 2.* quia ſæpiſſimè religio jurisjurandi contemnebatur à mulieribus, quæ nihilominùs ad ſecundas nuptias transibant, adeoque tot ferè perjuria commmittebantur, quot ſacramenta præſtabantur: eaque ratione ſumma impietate aſtringebant ſe feminæ adverſus DEUM, cui debitus honor violabatur. Putavit igitur religioſiſſimus Princeps noſter Juſtinianus, occaſionem perjuriorum præcidendam eſſe laſcivis mulierculis: commemorabili certè exemplo & imitatione digniſſimo. Debet
11 † enim magiſtratus præcavere, quantum omninò poteſt, ne perjuria committantur; & dare operam, ne cuiquam auctor perjurii ullà ratione fuiſſe videatur. Etenim temerè jurandi licentia permiſſa, perjuriis feneſtra aperitur: Nam qui
12 facilè jurat, facilè quoque peierat. Hic † noto emendationem textus Græci *in d. Nov. 94.* in quâ malè edidit Henr. Stephani, ſive Henr. Scrimgerus: ὅρκον ἀπὶ ὅρκῳ δεδομένον: Quam lectionem etiam Lud. Charondas ſecutus eſt *in ſua editione Novv.* Sed omninò reſtituendum aio ὅρκον ἀπίορκον. Idque cum ita conjeciſſem, libens vidi coofirmari conjecturam meam non ſolùm per editionem Noricam Gregorii Haloandri, quæ diſertè habet ἀπίορκον: ſed etiam per veteris interpretis translationem, in qua ſic legimus: *Iuſjurandum perjurum datum.* Sed quod Juſtiniano poterat obiici, quasdam tamen mulieres reperiri, quæ non violent jurisjurandi religionem, ſed metu divini numinis, ut loquitur Ulp. *in l. 8. ff. de condit. inſtit.* ubi juraverint, perpetuam viduitatem colant: Huic objectio-
13 ni occurrit, † antiquæ ſapientiæ dicto: (ſic enim loquitur more ſuo Imp. intelligens veterum JC. ſententias) *quod rarò fit, non obſervant legiſlatores: ſed quod fit plerunq; hoc reſpiciunt, & huic medentur.* Quam nobiliſſimam ſententiam à Theophraſto Ariſtotelis diſcipulo, & in ſchola ſucceſſore, ſumſerunt Julianus & Paulus, aliique juris auctores: ut videre eſt *in l. 3. & tribus ſeqq. ff. de legibus.*

Quæ præterea continentur *in d. Nov. 94.* & tutelam maternam atque avitam pertinentia, commodiùs, infra explicabimus *ſub alio capite.*

Illud.

Digitized by Google

Illud † non capio, quod recentiſſimus interpres Joach Stephan *ad eam Nov* ſcribit: *Hac Nov. de hæredibus ab inteſtato tantùm teſtamentarii præferuntur matri.* Quomodo enim fieri poteſt, ut ſi teſtamentarii ſint hæredes, ſint etiam hæredes ab inteſtato? Quod planè eſt abſurdum, & contra *l. quamdiu. 39 ff. de acquir. hær. & l. 89. quamdiu. ff. ad R. l. cum ſimil.* Etſi enim ſæpè fit, ut etiam illi teſtamento hæredes inſtituantur, qui alioquin ab inteſtato ſucceſſuri fuiſſent: tamen ex quo quis, etiam talis, factus eſt hæres teſtamentarius; non amplius conſideratur illa qualitas in ipſo, quam *legitimitatem* dicere poſſumus; ſive quod etiam ab inteſtato ad hæreditatem venire potuiſſet. Nam prædominatur hic voluntas teſtatoris: eaque ſola attenditur: ipſique legi hæredes ab inteſtato vocanti præfertur. Quare hoc defendi non poteſt, quod interpres ille ita in conſideratè ſcripſit. 14

CAP. III.

Si quis debitor vel creditor ſit Pupilli, an ejusdem Tutor eſſe poſſit? Ad Nov. *72. & Auth. Minoris debitor. C. qui dare tut. vel cur. poſſ. Item ad* Nov. *94* junctâ, *Auth. Ad hæc. C. quando mul. tut. off. fun. poſ.*

SUMMARIA.

1 *Iure veteri creditor debitori, & debitor creditori pupillo, tutor eſſe potuit.*
2 *Niſi de omnibus bonis, vel maxima parte, vel de ſtatu, aut de hæreditate ſit inter eos controverſia.*
3 *Ratio exceptionis.*
4 *Iure novo ſeu Novellarum creditor debitorve pupilli vel adoleſcentis ad eumdem tutelam aut curam non admittitur.*
5 *Vocabulum Minoris in latâ ſignificatione tàm pupillum quam adoleſcentem comprehendit.*
6 *Ratio novi hujus juris.*
7 *Error Joach Stephani circa hanc rem.*
8 *Mater & avia à tutelâ liberorum ſuorum propter intercedens debitum enim arcentur.*
9 *Ratio hujus exceptionis.*
10 *Quid in Nov. 72. intelligendum per ἀποδέξεις τῶν χρεῶν: per Deſuſceptâ, in veteri translatione?*
11 *An eâdem ratione à gerendâ liberorum tutelâ prohibitione excipiantur pater & avus, quo mater & avia?*
12 *Pœna eius, qui ſe creditorem aut debitorem pupilli eſſe diſſimulans, tutelam ſuſcipit.*

AD locum de perſonis tutorum & curatorũ hæc etiam pertinet quæſtio, An is, qui pũpillo debet, vel cui à pupillo debetur, ſive an debitor, vel creditor pupilli, poſſit eius tutelam gerere, vel curam ſuſcipere? Dicam diſtinctè primùm de jure veteri; ſecundò de jure novo, vel potiùs noviſſimo.

Ad † jus vetus quod attinet, (Ita autem hîc vocamus quidquid præceſſit Novellas) non ambigebatur, quin poſſet creditor debitori ſuo, vel contrà debitor creditori, tutor vel curator dari: & quidem adeò, ut ne quidem recuſare ſe poſſet à tutelâ vel curatione, hoc ſolo nomine vel prætextu, quòd eſſet pupilli creditor vel debitor: imò etiam ſibi ipſi poterat ſolvere tutor vel curator, 1

idemque

idemque creditor pupilli, vel adoleſcentis & ejusdem debitor cogebatur à ſe-ipſo exigere. Veruntamen participem ſive collegam aliquem in eo munere recipiebat Quæ omnia diſertè continentur in *l.8.creditorem.C.qui dare tut.vel cur.* & *l 7.neque a tutela. C.de excuſ.tut.* & innumeris in locis veteris juris prudentiæ
2 mentio fit tutoris ſibi ipſi ſolventis, vel à ſeipſo exigentis. Excipiebatur † tantum lis & controverſia ſive diſceptatio, quam tutor haberet cum pupillo, vel curator cum adoleſcente, de omnibus bonis, vel de maximâ parte bonorum, vel de hæreditate, vel de ſtatu. *l.6.ſi duas §.amplius. & l.20.ſi pupillum. & l. 21.propter litem.in pr.ff.de excuſat.l.26.ſi ut allegas C.de excuſat.tut.§.Item propter litem.l. de excuſat.tut.* Talis enim non tantum audiebatur, ſi allegaret excuſationem à tutelâ ſibi delatâ: ſed etiam ob hanc cauſam poterat removeri, ſi fortè excuſationem petere nollet, ſed tutor eſſe cuperet: fortaſsè ut ita haberet materiam
3 vexandi pupillum. *d.l.20.ſi pupillum.ff. de excuſat.* Ratio † exceptionis hujus manifeſta erat, videlicet utilitas pupilli vel minoris: cui certè non expediebat, talem habere tutorem vel curatorem, qui moveret ei controverſiam vel ſtatus, vel omnium bonorum, vel majoris bonorum partis: non magis, quàm capitalem inimicum habere expediret. Solemus aut liberis noſtris amiciſſimos dare. *l.amiciſſimos.ff.de excuſ.* In lite minore, & vulgari debito, ſimile periculum non videbatur metuendum: ideoque legislatores hoc caſu tutelam permittebant: dum tamen interveniente lite adjungeretur collega & particeps ejus muneris: ut ſupra dictum ex *l.7.neque à tutela.C.de excuſ. tut.*

Tantum de jure veteri Pandectarum ſcilicet, Codicis, & Inſtitutionum.

4. Sequitur † de jure novo, ſeu noviſſimo, quod Novellis, partim 72 partim 94. continetur: Et veriſſimè dixit Cujacius, Nov. 72. tollere multas leges ff. &
5 Cod. Sũma eſt qui debitor eſt, vel creditor minoris, (ita hic † vocamus latâ ſignificatione tàm pupillum, quàm adoleſcentem, ut in *Auth. minoris debitor.C. qui dare tut.* ut etiam in *l.2.in f.C.quan.mul.* & paſſim alibi in utroque Jure, civili & canonico: imò etiam in jure feudali: ut monui *in Partit.* quamvis propriè loquendo diſtingui ſoleat minor à pupillo, *tot. tit.ff. de min.25.ann. & C. de in integr.reſt.min.*) vel qui res minoris tenet, à curatione ejus prohibetur. Curationis quoque verbo hîc latè utimur; tutelam non minùs, quàm curam propriè dictam eo complectentes, ut in *d.Auth.minoris debitor.* Non tantùm igitur excuſare ſe poteſt talis à tutelâ vel curâ quâlibet, ejusque excuſatio admittitur: ſed etiam non excuſans ſe removetur tanquam ſuſpectus. Hanc enim vim habent illa verba: *à curatione prohibetur*, in *d. Auth.* Ratio, † quæ Juſtinianum im-
6 pulit, ut jus prius vellet mutatum, hæc eſt: quia ſæpè eveniebat, ut tutores vel curatores, quorum in poteſtate erant omnia, (tutor enim loco domini habetur. *l.7 ff.pro emtor.cum ſimil.*) vel apochas ſupprimerent, ſubtraherentve, ſi ipſi fuiſſent creditores, quibus fortè ſemel ſolutum erat, quod debebatur: ut ita pupillus quaſi exarmaretur ſuis defenſionibus vel exceptionibus, quibus intentionem denuò agentis excludere potuiſſet: vel ſi tutores pupillo obligati eſſent (item curatores minori) ut interciperent chirographa, aliásve debiti probationes, quibus deſtituto, fraude ſui tutoris, vulgatum illud Pauli JC. dici poſſet:

Digitized by Google

posset: *non tibi jus, sed probatio deficit.* Meritò igitur visum est utilius, si debitor creditoris, vel creditor debitoris sui tutelam vel curam prorsus non suscipiat, sed ab eâ perhibeatur. Videatur etiam pulcherrimè de hac decidendi ratione differens Cujacius *ad d. Nov. 72.* Ubi † contrà planè sterilis ac jejunus est, 7
qui recentissimè in Novellas scripsit Joach Stephani, qui etiam falsò affingit Ulpiano & Paulo dissensionem: hoc est, fingit Antinomiam inter *l. 7. tutor, & l. 15. si tutor, ff. de adm. tut.* Taceo, quòd *d l. 15.* quæ ait: *tutorem inveniſſe debitores, nec conveniſſe tamen* non loquitur de pupillis debitoribus, ut recentissimus Interpres accepit: sed de debitoribus pupilli.

Sed † excipit Imperator à regulâ juris novissimi, matrem & aviam, *d. Nov.* 8
72. & Nov. 94. ut de sumpta est *Auth. Adhæc. C. quan. mul.* Etsi, inquit Irnerius, *debitum inter ipsam & filios quoquo modo vertitur* (id est, quacunque ex causâ obligatio ortà sit) *tutela materna* (idem intellige etiam de aviâ) *non idcò minùs admittitur, debito in suâ naturâ durante*, hoc est, ita ut propterea jus crediti non amittatur, neque à matre, neque ab aviâ: sicut paulò pòst de aliis creditoribus dicetur, eos ob susceptam tutelam amittere jus crediti, si debitum dissimulaverint. Ratio † exceptionis est, quia mater & avia, quamdiu à secundis nuptiis absti- 9
nent, extra omnem sunt suspicionem. Non enim metuimus de illis tàm sinistra atque improba facinora, quod velint pupillis, iisdemque liberis suis aut intervertere debitum; aut semel solutum contra bonam fidem iterum exigere, subtractâ apochâ, quâ prior solutio poterat probari. Summa quippe affectio harum personarum tàm scævam suspicionem non admittit. Hic † observan- 10
dum, quod vetus interpres Novellarum *de susceptâ* voce solet apochas, quæ Justiniano priore loco *in d. Nov. 72.* etiam dicuntur ἀποδείξεις τῶν χρεῶν, ut etiam *Nov. 46. & Nov. 49.* id est, *professiones solutæ pecuniæ*: ut rectè admonuit Doctissimus Cujacius: reprehendens errorem in interpretatione Haloandri, qui malè vertit eo loco *probationes*: quamvis plerunque ἀποδείξεις à Græcis vocantur probationes. Quòd † autem ibidem scribit Cujacius, se eâdem ratione ex- 11
cipere patrem & avum, imò & parentes omnes virilis sexus: nempe, ut etiamsi debeant liberis, vel ipsis debeatur à liberis; tamen ad tutelam admittantur: id nusquam alibi legi: & sanè in dubium revocari posset, ob ipsiusmet verba, quæ sequuntur. Addit enim: *Nam id de matre & avia tantùm cautum est, quòd ea sola liberorum tutelâ fungi possint.* Jam verò constat, jus novissimum strictè accipiendum esse, nec producendum ad consequentias.

Verùm ab exceptione ista paulisper ad regulam revertamur, eamq; ampliùs explicemus, propositis etiam aliquot quæstionibus, de quibus post Accursium videri potest & Bartolus *ad d Nov. 72.* (quæ est in vulgatis Codicibus *t. 2. coll. 6.*) & Joh Faber *ad Auth minoris debitor. in Breviar. Cod.* ubi etiam Bart. Priùs tamen explicemus sanctionem, id est, eam partem constitutionis nostræ, quę pœnam irrogat transgressori. Pœna † autem hæc est, ut qui se creditorem pu- 12
pilli esse dissimulat, nec se excusat & abstinet à tutelâ, sed illam suscipit, jus crediti amittat. *Si taceat*, inquit Irnerius, *in d. Auth. minoris actionis sustinebit jacturam.* Qui verò dissimulat, se esse debitorem pupilli, non liberatur, quasi à se-

ipso exegerit, nec potest sibi ipsi solvere, nec à seipso exigere, Cujac. *ad d. Novell. 72. p. 272. Item si debitor taceat*, inquit Irnerius, *nec ab bitione, nec aliâ, tempore curationis, solutione juvabitur.* Atque ulla pœna amittendæ actionis probatur etiam statutis multorum locorum, & moribus: ut videre est cùm alibi, tùm in Reformatione Norica. *tit. 39. l. 6.* Videatur etiam ordinatio tutelaris Electoris Palatini.

CAP. IV.

Quæstiones aliquot insignes & utiles ad uberiorem explicationem. Nov. 72. & 94. Item ad Auth. Minoris debitor. C. qui dar. tut.

SUMMARIA.

1 *An pœna Nov. 72. & Auth. Minoris debitor. C. qui dare tut. etiam locum habeat in eo qui ignoraverit se pupilli minorisve creditorem vel debitorem esse?*
2 *Quid, si ex postfacto inceperit scire postquam se immiscuit?*
3 *Quid, si debitum sit exiguum?*
4 *Quid si naturale tantum?*
5 *Quid si conditionale vel annuum?*
6 *Quid, si debitor pupilli dicat se paratum esse statim solvere?*
7 *Quid, si debitum vel creditum nondum fuerit natum tempore susceptæ tutelæ: sed postea ex ipsa demùm administratione existat?*
8 *An tutor vel curator esse possit, qui rem pupilli vel minoris possidet?*
9 *An etiam a tutelâ vel curâ prohibendus sit qui res communes cum pupillo vel minore possidet?*
10 *An creditor, si velit perdere ius crediti, debeat admitti ad tutelam, an verò nihilominus prohiberi possit?*
11 *Quid, si quis ad tutelam curamve vocatus simulat se esse creditorem vel debitorem, ut effugiat huius muneris necessitatem?*
12 *An in honorario quoque tutore pœna illa locum habeat?*
13 *An debitor vel creditor possit saltem esse curator ad litem illius qui ei debet, vel cui ipse debet?*
14 *An ad testamentarium quoque tutorem ea constitutio Iustiniani pertineat?*
15 *An ad eum quoque qui a magistratu cum inquisitione datus est?*
16 *An ob talem causam prohibito aliquo pervenatur ad legitimum, an verò ad datitium tutorem?*
17 *Quid, si debitum proficiscatur ex testamento?*
18 *An filius prohibeatur esse tutor propter debitum patris?*
19 *An etiam, si filius patri suo furioso aut prodigo datus fuerit curator, locus sit huic constitutioni?*
20 *An frater possit esse tutor fratris, cuius est creditor vel debitor?*
21 *Cur Autor non etiam suprà ad Auth. Matris & aviæ. C. quando mul. tut. eiusmodi quæstiones proposuerit; & hic proponat?*

---

1 Hoc caput idcirco à superiore separo, ne nimis evadat prolixum. Quæritur ergo † I. An hæc pœna locum habeat etiam in eo, qui ignoraverit se creditorem vel debitorem (Et rectè id negat Joh. Faber *in d. Auth. Minoris*. Pœna enim non potest habere locum in ignorante.

2 II. Quæritur: † quid si ex postfacto inceperit tutor scire, se creditorem vel debitorem illius esse, cujus tutelæ se immiscuit: Resp. si posteaquam habere cœpit scientiam, celaverit debitum, perinde punitur, ac si ab initio scivisset & tacuisset si verò indicaverit non punitur, nec removetur: sed curator ei adjungitur. Ita Joh. Faber post alios Dd. *hîc ad d. Auth. Minoris.*

III. Quæ-

Digitized by Google

III. Quæritur: † quid si exiguum sit debitum, an & tunc eadem constitutio locum habeat? Et non habere respondet Accursius, eumque secuti Bart. & Johan. Faber *ad d. Auth.* Item Bart. *ad d. Nov. 72.* & addit Bart *ibidem n. 7.* relinquendum hoc esse arbitrio judicis, qui definiat quæ sit modica vel magna quantitas debiti. 3

IV. Quæritur: † quid si debitum sit naturale tantùm? Et rectè respondent Accursius, Bartolus & Faber, etiam in debito naturali idem jus locum habere: nempè ut tutor esse prohibeatur. Quamvis Bartolus *ad d. Auth. numero 10.* in utramq; partem hoc disputet: tandemque relinquendum putet arbitrio judicis. 4

V. Quæritur: † quid si debitum sit conditionale, vel si annuum? De hac quæstione videri potest distinctio quorundam Dd apud Joh. Fabrum, ex *l. quæ l. gata a. 19. ff. de R. I.* videatur & Bartolus *ad d. Auth. Minoris n. 16.* 5

VI. Quæritur: † quid si debitor pupilli dicat se paratum esse statim solvere, & petat se admitti ad tutelam, factâ solutione? Et respondet Johan. Faber, ne hunc quidem admittendum esse, quia videatur se ingerere, eoque ipso suspectum se reddat. Addit tamen limitationem, nisi contrarium suaderet utilitas pupilli: tunc enim factâ solutione admittendum putat. Quæ sententia mihi valdè probatur, & addo æstimationem utilitatis pupilli relinquendum esse arbitrio judicis. 6

VII. Quæritur: † quid si debitum vel creditum nondum fuerit natum initio susceptæ tutelæ, sed posteà ex ipsâ demum administratione nascatur? Respondeo cum gl. Bart. & Joh. Fabro, ad tale debitum minimè pertinere hanc constitutionem Justiniani. 7

VIII. Quæritur: † an tutor vel curator esse possit, qui rem pupilli vel minoris possidet? Et rectè respondet Bartolus contra Glossam, talem quoque prohiberi à tutelâ vel curâ: quia scilicet eadem sit ratio prohibitionis, videlicet metus subtractitionis instrumentorum. Videatur Bartolus *ad d. Nov. n. 8.* Est autem hæc quæstio decisa in ipsa Auth. illis verbis: *aut qui minoris res tenet.* Quocirca minùs dubitandum est. Illud tamen non probo, quod Bartolus aliiq; putant, obligationem realem, ut vocant, oriri ex possessione vel detentione rei minoris vel pupilli. Repugnat enim hoc principiis juris (quod pace tanti viri dixerim) § 1 *omnium vers. autem cum eo agit. Instit. de Action.* ubi actio in rem dicitur dari adversus eum, qui nullo jure nobis obligatus est. Ergo neq; realis obligatio hic fingenda est. 8

IX. Quæritur: † an etiam à tutelâ vel curâ prohibendus sit, qui res communes cum pupillo vel minore possidet? Accurs. variavit. Sed Bartolus *ad d. Auth. n. 9.* distinguit, ut si communio sit in controversiâ, tunc prohibeatur: idemque etiam si sine controversiâ quidem sit communio, sed tamen quæ magnas habeat imputationes & refutationes invicem: ut quia inter ipsos communis est hæreditas, vel major pars bonorum. Sin autem communio careat controversiâ, vel etiam unius tantum rei sit, puta feudi aut domus, unde modicæ sint imputationes, sive præstationes mutuæ, tunc non prohibeatur à tutelâ vel 9

curâ: quod totum ponit in arbitrio judicis. Hanc quæstionem attingit etiam Joh. Faber *ad d. Auth.*

10 X. Quæritur: † an creditor, si velit perdere jus crediti, debeat admitti ad tutelam; an nihilominùs prohiberi possit? Hac de re Bartolus *ad d. Nov. nu. 10.* distinctionem Azonis refert, ut si quis sine protestatione, quâ dicat, sibi velle salvum esse debitum, ad tutelam vel curam procedat; perdat debitum, & tamen maneat tutor vel curator: Sin autem cum protestatione accedat, tunc non admittatur. Idem refert distinctionem Accursij *in d. Authent. Minoris, & in l. 21. propter litem. ff. de excus. & in l. pater. in pr. ff. de procur.*

Quod si ab initio sciebatur ab aliis, esse aliquem creditorem vel debitorem, tunc non sit admittendus, etiamsi velit jus suum amittere, & sponte subire pœnam constitutionis. Cujus ratio est, quia meritò est suspectus de fraude, qui tantoperè inhiat tutelæ, ut eam non recuset redimere etiam tantâ jacturâ (hãc rationem addidi.) Sin autem ab initio nesciebatur, aliquem esse creditorem vel debitorem, & ipse tacuit, cùm ad tutelam accederet: tunc perdat debitum sive actionem, quam habebat, nec ullam præterea pœnam patiatur, sed maneat tutor vel curator. Nam nec ipsa constituti Justiniani aliam pœnam statuit. Sunt autem pœnæ legum & constitutionum potiùs molliendæ, sive leniendæ interpretatione, quàm exasperandæ. *l. si præses. & l. interpretatione. ff. de pœn.* videatur idem Bartolus *ad d. Auth. Minoris. n. 14.*

11 XI. Quæritur: † Quid si Tutor vel curator, qui esse debebat, simulet aut fingat se esse creditorem vel debitorem alicujus, eo videlicet fine ut effugiat hujus muneris necessitatem? Resp. ex ipsâ *Auth. Minoris. vers. hoc autem ab init.* ei non statim credendum, sed debere ipsum vel probare creditum aut debitum; vel jurare, se credere quòd habeat minorem obligatum, vel quòd res eius possideat. Et notandum hoc esse jusjurandum credulitatis potiùs (ut vocant) quam veritatis, argumento verborum, in *d. Auth. se credere, &c.*

12 XII. Quæritur: † quid si tutor non administret tutelam, putà quia honorarius tantùm esse velit, an in eo quoque locum habeat hæc pœnalis constitutio Justiniani? Et Accursius, quem & Joh. Faber sequitur *ad d. Auth. Minoris.* respondet affirmativè, etiam in hoc valere eam constitutionem: quæ notabilis est ampliatio. Ratio dubitandi esse poterat illa; quia cessat ratio: nec enim metuendum ut subtrahat instrumenta. Resp. imò etiam ille facilè sibi posset aditum præparare ad surripienda & subtrahenda illa instrumenta.

13 XIII. Quæritur: † an debitor vel creditor possit saltem esse curator ad litem illius, qui ei debet, vel cui ipse debet? Et ad hæc affirmativè respondet Speculator: quem & refert, & probat Bartolus *ad d. Nov. 72. num. 10. vers. sed circa prædicta:* additque rationem: quia constitutio nostra intelligatur de curatore universali, non de alio. Eodemque pertinet additio Parisij ad Bartolum *in d. Auth. Minoris. lit. A.* ubi ait ex Ludovico Romano, *singulari 132.* dispositionem illius Auth. non habere locum in curatore, qui datur hæreditati jacenti: ibidemque de curatore ad litem allegat & Salicetum *ad eand. Auth. inf.* Atq; hæc est limitatio sive exceptio superioris regulæ.

XIV. Quæ-

Digitized by Google

XIV. Quæritur: † an d.c ›nſtit. locum habeat, in quolibet genere tu- 14
torum, verbi gratia, non tantùm in legitimis & dativis, (de quibus omnes conſentiunt) ſed etiam in teſtamentariis? Et gl. ac Dd. vulgò putant, locum obtinere in omnibus tutoribus: quam ſententiam refert & ſequitur Joh. Faber *ad d. Auth. Minoris*. Alii dixerunt, non habere locum in teſtamentariâ tutelâ: quia tutoris teſtamento dati fides electa ſit & approbata ab ipſo teſtatore §. 1. *l. de ſatisd.* Atque hæc jam olim fuit opinio Martini gloſſatoris. Sed Bartolus *n. 11. & 12. ad d. Auth. Minoris*, probat diſtinctionem Oldradi quæ talis eſt; aut teſtator cùm daret tutorem teſtamento, ſciebat eum eſſe creditorem vel debitorem ſuum, & proinde etiam filii ſui futurum, (*tot. t. C. de hæred. act.*) & tunc poteſt eſſe tutor, non obſtante *d. Auth.* quia fides eius per teſtatorem eſt electa: & voluntas teſtatoris tollit omnem ſuſpicionem fraudis. Aut ignorabat hoc teſtator, cùm tutorem daret; & tunc non poteſt, ne quidem teſtamentarius, admitti ad tutelam: hoc enim caſu dici non poteſt, quòd videatur teſtator fidem eius approbaſſe. Nam quod ignoramus, in id conſentire non poſſumus.

XV. Quæritur: † quid ſi magiſtratus tutorem dederit interveniente in- 15
quiſitione, an ſit debitor vel creditor pupilli is, quem dedit: quæritur, inquam, an adhuc locum habeat pœna d. conſtitutionis Juſtiniani, vel an valeat datio? Reſp. Bartolus *ad d. Auth. numero 12. verſ. quia credo, quod ſi judex, &c.* valere datione. Quæ ſententia mihi quoque probatur: hac ratione, quia juſſus ſuperioris & præſentia magiſtratus excuſat à culpâ & pœnâ: quod in jure tralatitium eſt.

XVI. Quæritur: † prohibito aliquo à tutelâ ex tali causâ, utrũ deveniatur ad 16
ſequentem legitimum, (agnatum ſcilicet vel cognatum) an verò locus ſit dativæ tutelæ? De hac quæſtione videri poteſt Bart. *n. 17. ad d. Auth. Minoris*: ubi diſtinctione, ut plerunque ſolet, rem explicat.

XVII. Quæritur: † quid ſi debitum proficiſcatur ex teſtamento, an et- 17
iam Juſtiniani conſtitutio ad talem tutorem pertineat? Et puto, cum Bartolo, non pertinere.

XVIII. Quæritur: † an filius prohibeatur eſſe tutor propter debitum 18
patris? Qua de re Bartolus ait eſſe cogitandum: ut ſolet in iis rebus, de quibus parùm ei liquebat, aut in quibus immorari ei non vacabat. Mihi videtur, filium propterea non eſſe prohibendum, licet pater ſit creditor vel debitor pupilli: quia Juſtinianus loquitur de eo, qui ipſe eſt creditor vel debitor, non de eo, cujus pater. Fateor tamen, hanc rem in utramque partem diſputari poſſe.

XIX. † ad exceptionem Juris noviſſimi quæritur: an etiam ſi filius patri 19
ſuo furioſo aut prodigo curator datus fuerit (quod ſanè fieri poteſt, ut ex reſcriptis principum, contra ſententiam Celſi & aliorum, docet Ulpian. *in l. 12. his qui. § 1 ff. de tutor. & cur.*) an, inquam, tunc quoque locus ſit huic conſtitutioni Imperatoris? Et reſp. Bart. *n. 2. ad d. Auth.* eſſe locum; tùm quia non reperiatur hic caſus à jure exceptus; manere igitur debet ſub regulâ, ut tradunt Dd *ad l. 1. de R. I.* Tùm quia non eadem ſit ratio, quæ in matre & avia, cùm major ſit amor aſcendentium erga deſcendentes, quàm horum erga illos. Refert tamen ibidem

Digitized by Google

etiam contrariam opinionem Guilielmi de Cuneo *ad l. cùm in eo. ff. de pact.* filium scilicet curatorem patris furiosi esse posse, non obstante eo, quòd sit ejusdem creditor vel debitor: cujus opinionis rationem affert nõ contemnendam, quia talis filius curator patris sui, videtur quasi proprietorum bonorum administrator, propter spem successionis, quâ ex voto patris bona ejus ad ipsum perventura sunt: unde fit, ut cesset omnis ratio suspicionis.

20 XX. Quæritur: † an frater possit esse tutor fratris, cujus est creditor vel debitor? Et resp. Bart. *ad d. Auth. n. 3. & 4.* ne fratrem quidem posse tutorem esse, si debitor vel creditor sit fratris. Cujus sententiæ auctorem allegat eundem Guilielmum de Cuneo: & rationem addit, sumtam à naturâ & experientiâ: quia inter fratres non tantus sit amor, quantus inter ascendentes & descendentes: imò inter eos sæpè magna existit invidia & æmulatio. Unde veritimè scripsit Ovidius *lib. 1. Metam.* *Fratrum quoque gratia rara est, &c.* Potest & altera reddi ratio: quia quod de matre & aviâ constitutum est, non debeat produci per consequentiam ad alias personas conjunctas.

Atque hæc de quæstionibus, ad explicationem uberiorem *d. Nov. 72. & Auth. Minoris.* pertinentibus, dixisse sufficiat.

21 Poteram † supra similiter quæstiones complures tradere, ad explicandam *Auth. matri & aviæ. C. quan. mul.* Sed non possumus omnia persequi: & satis est interdùm præbito exemplo reliqua privatæ diligentiæ in similibus locis evolvendis permittere.

CAP. V.

De officio Tutorum: & primum de Iurejurando: De inventario conficiendo: de satisdatione: de prohibita cessione actionum in personas tutorum, vel curatorum, contra pupillos, vel minores. Ad d. Nov. 72. c. 5. & 8 & ad Nov. 49. & rursus. ad Auth. Minoris. vers. sed si actionis cessionem. C. qui dare tut. &c.

SUMMARIA.

1 *Moribus nostris confirmatio magistratus in omni genere tutorum requiritur.*
2 *Tutores dùm confirmantur decreto magistratus, iurare debent, tactis S.S Evangeliis, omnia se ad utilitatem pupillorum acturos.*
3 *Quod olim tantùm in curatore furiosi constitutum erat.*
4 *Ratio huius iuris novi.*
5 *Constitutiones & leges municipales nostri tẽporis, quæ agunt de iureiurando tutorum, fontem suum habent in Nov. 72. & de formulis iuriurandi huius, remissivè.*
6 *De cerimoniâ tangendi inter iurandum S.S. Evangelia codicem, remissivè.*
7 *Iuriiurandi præstatio tutorem curatorémve non facit à rationibus reddendis immunem.*
8 *De inventarii cõfectione, imo vetus confirmavit Iustinianus.*
9 *De satisdatione itidem imo vetus confirmavit Iustinianus, in Novellis.*
10 *Satisdatio tutorum & curatorum statutis aut moribus multorum locorum sublata.*
11 *Cessionem iuris vel actionis ab alio pupilli creditore recipere tutor vel curator non potest.*
12 *Ratio huius iuris.*
13 *Tutore cessum à pupilli creditore actionem recipiente, uterq; actionem amittit.*
14 *Ratio*

Digitized by Google

14 *Ratio huius pœnæ.*
15 *Redemptores alienarum litium odiosi in iure nostro.*
16 *Ampliationes duæ, ad regulam prohibitæ*
istius cessionis.
17 *An pupillus repetere possit tanquam indebitum, id quod ex actione etiammodo contra legem cessa solverit?*

HUc usque dicta pertinuerunt ad locum de personis tutorum, hoc est, qui possint esse tutores, vel non: & de iis rebus, quæ præterea circa personas considerandæ sunt. Sequitur nunc, ut de officio eorundem videamus, hoc est, quid facere, quid omittere tutores debeant. Ex his, quæ facienda sunt tutoribus, illud est primum, ut dùm confirmantur decreto magistratus († quod quidem necessarium est moribus in quolibet genere tutorum, ut & Bartolus annotat *ad d. Nov.* § 1. *num.* 2.) † ut, inquam, jurent, tactis sacrosanctis Evangeliis, omnia se ad utilitatem pupillorum acturos. Qua de re sic ait Imp. *in eadem Nov. 72. c. 8. curatores respicientes ad Deum ita faciãt gubernationem tanquam in suis rebus. Etenim volumus dum celebratur decretum, quod tradit curam* (ita appellat generali vocabulo etiam tutelam, ut suprà monui *in proœmio huius partis*) *ei, qui ad eam accedit, etiam jusjurandum eum dicere, sacrosancta Dei Evangelia tangentem. quia per omnem pergens viam utilitatem adolescentis aget, &c.* Qui locus de jurejurando omnium tutorum & curatorum valdè est notandus: Nam hoc à Justiniano primùm est introductum. Constituerat † idem Imp anteà tantum in personà curatoris, qui datur furioso. Is enim tactis sacrosanctis scripturis depromere jubetur, id est, juratò promittere, omnia se rectè & cum utilitate furiosi gerere velle: neq; prætermittere quæ utilia esse furioso putaverit: neque admittere ea, quæ non utilia furioso esse existimaverit. *l. 27. de creationibus. in pr. C. de episc. audient.* Sed posteà hoc produxit Imp ad quoslibet tutores & curatores: quia † omnium una eademque ratio esse visa est: nempe, ut jurisjurandi religio cautiores ipsos faciat ad rerum gubernationem, ut circa eam timidè atque solicitè versentur, metu divini numinis. Quæ ratio ab ipso Imp subindicatur *in d. c. 8. Nov. 72.* Sic etiam jurare jubetur *in eadem Nov. c. 2.* is, qui alteri adjungitur tutor vel curator, puta quia post susceptam tutelam vel curam primum cœpit fieri creditor vel debitor pupilli vel adolescentis. Et hujus suæ constitutionis mentionem quoque facit Imp. infrà *Nov 155. propè fin.* ubi ante omnia tutor ad acta deponit, se pupillum non indefensum relicturum. Quem locum de hoc ipso jurejurando intelligendum puto; tametsi Cujacius ibidem laudari putet *l. ult. §. 2. personæ. C. de admin. tut.* Sed de ea Nov. infra pleniùs dicam *sub alio capite.* Hìc † notandum, constitutiones & leges municipales nostri temporis, quæ agunt de jurejurando tutorum, Von der Vormunder Pflicht oder Eyd/ fontem suum habere *in d. Nov. 72.* & videantur pulcræ formulæ, tum in constit. Electoris Palatini, quæ inscribitur, Vormundschafftis Ordnung/ *tit. 30.* & in Reformatione Noricâ *l. 7. tit. 39.* De † illo autem ritu, sive ceremoniâ tangendi inter jurandum sacrosancti Evangelii Codicem, quod *corporale jusjurandum* vocari docet Cujacius *in parat. C.* plura dixi *in partit. I. feud. lib. 1.*

Sed

7 Sed † hîc quæritur, an tutor vel curator poſtquam juraverit fiat propterea ἀνεκλόγιστος, id eſt, immunis & exceptus à ratiociniis? Hoc negat ipſe Imp. *in d. c. ult. Nov. 72.* neque ἀνεκλόγιστον, inquam, propterea fieri, neque à legum ordine reliquo exemtum. Hic enim non eſt iſtius juris jurandi finis vel effectus, ſed alius, quem ſcilicet ſupra expoſui in ratione decidendi. Atque hæc de jurejurando tutorum & curatorum.

Sequitur alia pars muneris tutelaris, quæ etiam implenda eſt inter initia ſuſceptæ tutelæ: 8 † videlicet inventarii ſolennis confectio: de qua Imp. *ſub finem Nov. 94.* confirmat, quod anterioribus proditum erat legibus: ut *l. 7. tutor. qui repertorium. ff. de admin. tut. l. 24. tutores vel curatores. C. eod. t. l. fin. C. arbitr tut. l. 27. de creationibus. C. de Ep. audien.* Tutor qui non conficit inventarium fit infamis, & poteſt contra eum jurari in litem: ut habetur in *l. ult. C. arbit. tut.* & *l. 7. ff. de adm. tut.*

9 Similiter † confirmavit Imp. *in d. Nov. 94.* etiam ea, quæ de ſatisdationibus tutorum vel curatorum priùs fuerant conſtituta: de quibus videre licet *tit. Inſtitution. & ibi præter alios Schneid. W. de ſatisd. tutorum* item Bartolum *ad d. Nov.* 10 *72.* De † qua ſatisdatione hoc quoque obiter notari velim, eam ſublatam eſſe multorum locorum ſtatutis & moribus quibus ſufficit, tutorem præſtitiſſe juſjurandum initio tutelæ, ſive tempore confirmationis ſuæ: nec amplius oneratur neceſſitate dandi fidejuſſores. Hoc enim eſt ſatisdare, *l. 1. ff. qui ſatisd. cog.* Sufficit etiam bona ipſius jure tacitæ hypothecæ obligata eſſe pupillo vel minori. Videri poteſt hac de re etiam Reformatio Norica *l. 7. § ult. tit. 39.*

Cùm ergo de his duobus capitibus, inventario ſcilicet & ſatisdatione, nihil novi conſtituerit Imp. in Novellis: pergamus ad alia, quæ novum jus conti- 11 nent. Hîc † occurrit nobis inſignis locus de prohibitâ tutori receptione actionis ceſſæ. Non poteſt, inquam, tutor vel curator ab alio pupilli creditore recipere ceſſionem juris vel actionis, quod alter ille ſe contra pupillum vel minorem habere prætendit vel jactat. Quod ut intelligatur, ſcire debemus, regulariter quidem poſſe quemlibet jus ſuum vel actionem ſibi competentem alteri *cedere*: quod & *præſtare*, & *mandare* & *exhibere alicui actionem ſuam*, ſæpiſſimè in legibus dicitur. De quo jure cedendarum actionum præter alios Interpp. explicat Giphanius noſter *ad l. 1. C. de Obl. & Act.* Imò etiam olim hoc non erat prohibitum, ne quidem in perſonâ tutoris, ut apparet ex *l. 12. non ſit. ff. de reb. eorum qui ſub tut.* Sed tandem Imp. hoc prohibuit: conſtituens, ut tutores vel curatores nullas ceſſiones ullo modo ſuſcipiant, adverſus pupillos vel minores 12 ſuos *d. Nov. 72. c. 5. & d. Auth. Minoris vers. ſed ſi actionis ceſſionem.* Ratio † juris noviſſimi hæc eſt: quia ſæpè fiebat ut tutores vel curatores redimerent ab aliis inanes, infirmas, & inutiles actiones, adverſus pupillos: vel ut ex causâ donationis eas ſibi cedi procurarent, ac deinde ſupprimerent apochas, quibus pupilli ſe poterant defendere & agentem repellere. In ſummâ, quæ ratio à tutelâ prohibet creditorem vel debitorem pupilli, metus ſcilicet ſubtractionis inſtrumentorum, ut *ſupra* dixi *cap. 3.* eadem ratio hic quoque valet; multoque magis ceſſionarium iſtum facit ſuſpectum. Quapropter omnis ceſſio in perſonâ tutoris

tutoris vel curatoris visa est prohibenda: & quidem † sub hac pœnâ, ut actio- 13
nem cessam & is amittat, qui cessionem fecit tutori; & ipse quoque tutor eam exercere non possit: sed tota cedat lucro pupilli vel minoris; ut scilicet hic ab utroque liberetur. *dd. locis.* Ratio † pœnæ huius in utràque personâ tàm ce- 14
dentis, quàm cessionarii; cur, inquam, neutri competat actio contra pupillum, hæc est: quia in legem commiserunt. Hic obiter meminisse debemus, tametsi regulariter licet cedere suas actiones & jura sua alteri; tamen † redemto- 15
res litium odiosos esse in jure nostro, & lites alienas malo more redimi. de quo vide *l. 15. litem. C. de procur. & l. 1. ff. de extraord. cognit. §. si cui cautum. 12, item l. 20. C. mand. & l. 7. ff. eod.*

Porrò † notandæ hic sunt, regulæ nostræ prohibitoriæ ampliationes quæ- 16
dam: quarum prima est, ut non valeat cessio, & habeatur pro non factâ, licet pro justis causis facta sit: ut loquitur Irnerius *in Auth.* id est, quocunque titulo, etiam legitimo aliàs, & justo, fiat. Nam in personâ tutoris semper est injusta & contra legem facta, proindeque nullius etiam momenti. *arg. l. 5. non dubium. C. de legib.* Secunda ampliatio est, ut non tantùm ex illa cessione non possit agere tutor vel curator, durante tutelâ, vel curâ: sed ne quidem post eam depositam. *d. Auth. Minoris. in verb. nec post curam quidem depositam ea permittitur uti.*

Sed hîc † quæritur: quid si pupillus vel minor id quod continebatur ac- 17
tione sic contra legem cessâ, tutori vel curatori solverit, possitne solutum repetere per condictionem indebiti? Accursius denegat condictionem: cujus opinionem sequuntur Dd *in d. Auth Minoris.* sed contrariam Jacobi de Belviso sententiam refert Bartolus *ad Nov. 72. n. 11.* quam ipse quoque amplecti videtur, nempe condictionem pupillo, vel minori competere ad repetendum, quod solvit per errorem: quia cùm liberatus sit auctoritate legis, utraque obligatio, & naturalis & civilis fuit sublata: ut ita solverit planè indebitum, utróque modò, & naturaliter & civiliter. Atque hæc sententia mihi quoque verior videtur: quamvis altera sit communior.

CAP. VI.

De administratione pecuniæ pupilli vel adolescentis: De fœneratione pecuniæ pupillaris & collocatione eius in comparationem prædiorum: & quid si tutor pecuniam pupilli in suos usus convertat, puta negotiando per eam sibi.

Rursus ad Novell. 72. cap 6. 7. & 8. junctâ Auth. novissimè. C. de administr. tutorum.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis: & propositio.*
2 *Iure veteri tutor omninò cogebatur pecuniam pupillarem aut ad comparationem prædiorum conferre aut fœnori collocare.*
3 *Ratio illius iuris.*
4 *Id iure Novellarum remissum.*
5 *Ratio huius novi iuris sec. quosdam; usurarum vitium refutata infrà numer. 10. & 11.*
6 *Ratio alia sec. auctorem sortis periculum.*

Digitized by Google

7 *Fœnori inhiantes sæpè sortem cum fœnore amittunt.*
8 *Exceptio novi iuris : nisi necessitas id flagitet.*
9 *Quid si tutor ultrò fœneret pecuniam pupillarem, aut ex eâ prædia pupillo emat?*
10 *Fallunt & falluntur qui Iustiniani usuras pro peccato mortali habere tradunt.*
11 Ioach. *Stephani error circa eandem rem.*
12 *Usura an & quatenus licita remissivè.*
13 *Laxamentum duorum mensium tutori pecuniam pupillarem collocanti concessum.*
14 *Quid laxamentum sit: ubi & commendatio Glossarii veteris.*
15 *Quanam dicantur idonea prædia?*
16 *Quod de pecuniâ pupillari dictum, idem in reditu prædiorum pupillarium obtinet.*
17 *Exemplo Iustiniani, indemnitati pupillorum prospicere diligenter magistratus debent.*
18 *Quæstiones quædam mixtæ resectæ.*
19 *Usuras ex pecuniâ pupillari perceptas tutor in pupilli sui patrimonium convertere cogitur.*
20 *Tutorem pupillares pecunias in suos usus convertentem, non centesimas sed, cui ses tantum usuras præstare, fortissimis argumentis asseritur & subnum. seq.*
21 *Semisses usuræ ex Iustiniani constitutione inter privatos maximæ sunt.*
22 *Tutor pecuniam pupillarem in suos usus convertens, ad maximas: otiosam autem secum habens, ad minores & ex Iustiniani Novellis ad nullas usuras tenetur.*
23 *Casus alii quatuor quibus tutor ad usuras semisses tenetur.*
24 *Rationes suprà dictorum.*

---

1 DEinceps † de aliâ parte officii tutorii explicandum est, quæ scilicet circa administrationem pecuniæ pupilli versatur, & latissimè patet. Dicam igitur hic quoque distinctè. 1. de jure veteri. 2 de jure novissimo

2 Jure † veteri ita cautum erat, ut tutor omninò deberet pecuniam pupilli aut conferre ad comparationem prædiorum idoneorum: aut fœnori collocare, sive occupare apud idoneos homines: quâ de re multa sunt in Pand. & Cod. loca: Sed inprimis videantur *l. 7. ff. de admin. tut.* & *l. 24. tutores. C. eod.* Id nisi fecisset tutor, tenebatur ipse in usuras eius pecuniæ, in quâ sic, ut dictum, collocandâ suo periculo versabatur: excepto tantùm duorum mensium anni cujusque spatio, quod *laxamentum* JC. vocabant: quod vocabulum extat in *d. l. 7. § 11. usuræ. ff. d. admin tut.* ex qua lege Imper. quoque id *in hac Novellâ* repetiit, insertum verbis Græcis. 3 Ratio † juris veteris erat: quia non videbatur ex usu esse pupilli ipsius pecuniam esse, vel jacere otiosam, ac sterilem. Est autem in usu juris *pecunia sterilis* & *otiosa*: quæ neutro modo occupatur, aut fructum fert, neque ad comparationem prædiorum collata, neque fœnore occupata, qua de re videri possunt Lexica juris, & Borch. *in tr. de usur.* Itaque contra officium suum tutor faciisse videbatur ista negligens quod officium est, res pupilli utilitatesq. semper augere & procurare, ut supra quoque monui, cum de jurejurando tutorum *cap. superiore* tractarem.

4 Sed † hoc mutavit Imp. per jus novissimum Constituit enim, non amplius cogendum esse tutorem, neque fœnori occupare pecuniam pupilli, neque prædia ex eâ comparare: Sed voluit eum satisfacere pulcrè suo officio, si diligenter 5 eam custodiat vel deponat. Cujus † novi juris, quod scilicet non cogatur tutor fœnerari pecuniam pupilli, vulgò Dd hanc ferè assignant rationem: quia gravissimum sit peccatum usuras accipere, sive, ut Johan. *in summâ suâ* loquitur, & *add. Nov. 72.* quia mortalissimum sit peccatum & contra præcepta Dei.

Quam

Digitized by Google

Quam ad rem Bartolus *ad d. Nov. §. quoniam autem num. 3.* & post alios Joh. Faber *ad Auth. novissimè. C. de admin. tut.* allegat. *can. sicut. ult. dist. 46.* Sed ibi clericis tantum interdicitur exercitiũ fœnoris, per Leonem Papam, ex cujus *Epist. 1.* canon ille sumtus est, ne videlicet suo, néve alieno nomine fœnus exercere attentent: quia indecens sit, crimen suum commodis alienis impendere. Imò † verò longè alia est ratio, quæ Imperatorem movit, nempe hæc, quam ipse reddit: *quoniam melius est pupillis in antiquis suis facultatibus manere securitatem*, sive, ut vetus interpres loquitur, *tutamen* (ασφάλεια) hoc est, in tuto relinqui bona ipsius & pecunias à parentibus acceptas, *quàm usurarum appetitione etiam antiquâ pecuniâ excidere. &c.* Id † quod multis sanè contingit, de quibus proverbiale illud non ineleganter usurpabimus: *Camelus appetens cornua etiam aures amisit.* Videmus enim sæpissimè hoc etiam hodiè usu venire, ut qui sub fœnore accipiunt mutuum, defraudent creditores suos magnis summis; quibus nec usuras solvunt, nec sortem. Diversa est, sed tamen cognata huic præsenti loco, sententia Demosthenis: qui ait de ipsis creditoribus mutuum libenter accipiẽtibus sub fœnore: eos quamvis aliquandiu bellè habere sibi videantur, perinde ut qui in æstu febrili largiter bibunt, tandem tamen ad extremam redigi egestatem, adeo ut & patriis & avitis facultatibus per usuras evertantur: qua de re extant etiam non dissimiles S. Basilii & Gregorii Nysseni sententiæ. Exceptionem † unam addit Imp. *in eadem Nov.* nempe, si administratio negotiorum pupilli, & tuendi vitam eiusdem ratio hoc necessariò exigere videatur. Hoc enim casu etiam cogitur tutor pecuniam pupilli in fœnus collocare. ut est *in c. 6. d. Nov 72. & Auth. novissimè, propè fin. C. de admin. tut. in verb. nisi ex necessitate hoc fecerit.* Est enim hoc in jure tralatitium; ut quod aliàs non permitteretur rebus integris, id permittatur necessitatis causâ: quo pertinent & proverbia, *necessitas non habet legem*: item *necessitas frangit ferrum*: quorum Explicatio apud Erasmum videatur. Sic passim in jure nostro officii necessitas excusata esse debere dicitur. 6 7 8

Quid † si igitur tutor, qui pecuniam pupilli fœnerari non cogitur, ultrò hoc faciat: quid item si ex pecuniâ superflua, quâ non eget ad alimenta & victũ pupilli, comparet suâ sponte aliqua prædia pro pupillo? Utrumque rectum quidem faciet: verùm suo periculo: hoc est, ut si malum nomen faciat, & non sit solvendo is, cui pecuniam tutor credidit, pereat pecunia non pupillo, sed tutori: si item malè cesserit fortè emtio prædiorum, ut malè cedat non pupillo, sed tutori, & huic sit damnosa, non illi. Atque † ex hac ipsa permissione imperiali, qua tutori licet pecuniam pupilli fœnore occupare, si velit: satis liquet, quàm malè & imperitè vulgò à quibusdam sic existimetur, quasi Imperator fœnoris exercitium pro re illicitâ, sive, ut loquuntur, pro peccato mortali habuerit: vel, ut Johannes loquitur, mortalissimo: à quâ † sententiâ non est etiam alienus Joachimus Stephani *in sua expositione*, ubi quod Imp dicit de tutore vel curatore Dei timente, ipse refert ad usurarum perceptionem: quasi scilicet tutor religioni sibi ducat, fœnus accipere nomine pupilli, ideoque Deum offendat, ac à tutelæ susceptione abhorreat. Quæ certè minimè mens est Imperato- 9 10 11

Digitized by Google

toris, qui timorem Dei refert in tutore non ad fœnoris pro pupillo perceptionem, sed ad totam administrationem ex fide bonâ, &, ut loquuntur, integrâ cõscientiâ, Deique timente animo, gestam. Minimè enim credibile est, imperatorem tale quid, quo Deus offendatur, permissurũ fuisse, vel pupilli, vel cuiusq;
12 hominis in gratiam, aut utilitatem. Neque † verò nunc de usuris disputandi locus est, an & quatenùs illæ sint permittendæ aut licitæ in republicâ, quâ de re satisdixi, tùm alibi, tùm *in differentiis Iuris*: & diligenter explicat Hottom.
13 *in illustr. quæst.* nec non Joh. Bodinus *de Repub.* Addit Imp. † tutorem si velit ultrò fœnerati pecuniam pupilli, habiturum esse unoquoque anno laxamentum duorum mensium, ad exigendam & rursus occupandam sive collocandam pecuniam: cujus laxamenti, ut supra quoque monui, mentio fit ab Ulpiano *in l. 7. tutor. §. 11. usura ff. de admin. tut.* Idque vocabulum Latinum retinuit Imp. in *d.*
14 *Nov. 72* & Græcè vertit ἐνδέσμιον. Est † autem nihil aliud, quàm spatium sive intervallum medium, quod Germani vocamus, Frist. Glossarium vetus, nunquam satis laudatum, de quo ita censet Joseph. Scaliger *in castigat. Festi*: non debere magistellorum manibus teri, sed tantum à Doctioribus nocte & die versari: in illo ergo Glossario *laxamentum* vertitur ἄνεσις: & in altero Græco Latino ἄνεσις redditur *requies, remissio, otium, laxatio.*

15 Sed † quæret quispiam, quænam sint prædia idonea, de quibus comparandis à tutore ex pecunia pupillari Imp. hîc loquitur? Resp. cum Cujacio, idonea prædia esse, ipso Imperatore definiente. 1. quæ sunt fertilia, seu fructuosa. 2. quæ levioribus tributis sunt obnoxia. 3. quorum auctor seu venditor est locuples, atque idoneus: nempe ut de evictione possit conveniri cum effectu. Nam alioquin actio inanis esse dicitur, quam excludit debitoris inopia. *l. 6. ff. de dol. mal. Is nullam videtur actionem habere*, inquit Cajus, *cui propter inopiam adversarii actio inanis est.*

16 Quid † autem dicemus de reditu prædiorum pupillarium? Resp. idem quod modò dictum de pecuniâ: scilicet ut ne hos quidem cogatur tutor fœnori collocare: sed sufficiat in loco tuto deponere, quatenùs ad sustentationem pupilli non sunt necessarii: & si tamen ultrò malit tutor etiam hos fœnori occupare, aut ad comparationem prædiorum conferre, faciat hæc suo periculo. Ratio est: quia quo ad hanc rem nihil interest inter numeratam pecuniam, quam in tutela pupilli reperit tutor, & inter reditus postea perceptos. Jam autem ubi eadem est ratio, ibi idem jus statuendum *l. illud. ff. ad l. Aqual.*

17 Ex † *epilogo d. Nov. 72* notandum est, quod ait Imp eam se constitutionem fecisse ad securitatem pupillorum, minorum, & similium personarum, quæ alieno indigent auxilio. Hoc enim omnibus magistratibus sedulò curandum est, ut quasi patres sint talium ac provisores, eorumque indemnitati modis omnibus consulant.

18 Omittimus † hîc otiosas illas quæstiones, quas movent Glossa, Jacobus de Belviso, Bartolus, & alii, si tutor usuras percepit ab aliquo pecuniæ pupillaris, an ipsius cedant lucro, an pupilli, sive an ipse possit eas retinere, an debeat restituere pupillo, an verò teneatur Jure Canonico restituere ei, à quo accepit? Item

an is,

Digitized by Google

an is, cujus nomine sunt perceptæ usuræ, teneatur ad restitutionem illi faciendam, qui dedit? Qua de re latè Bartolus *ad § quoniam autem. Nov. 72.* Sed, ut dixi, omittimus has quæstiones: quia profluxerunt ex falso principio, dum usurarum perceptionem legitimam pro peccato habuerunt. imò quidam etiam jure civili prohibitas esse voluerunt: ut videre est apud eundem Bartolum *d. loco. n. 7.* & apud Socinum *consil. 2. quod incipit: sequendo ordinem.* Illud † potiùs 19
teneamus sine omni hæsitatione: si quas usuras ex pecuniâ pupillari tutor perceperit, eas non ipsum lucrari, sed neque restituere debere ei, qui dedit; sed in patrimonium pupilli convertendas esse.

Illa † utilior est quæstio: quid si tutor ipse pecunias pupillares in usus suos 20
converterit, quas nam usuras hoc nomine præstare debeat? De qua quæstione videatur Bartolus *ad d. Nov. num. 6.* qui remittit ad Glossam *in verb. mutuaverit*; quam dicit menti tenendam. Sed non erit alienum ab hoc loco paulò diligentius de usuris pupillaribus explicare: præsertim cùm hac de re dissentientes sint etiam doctissimorum virorum opiniones, quantas usuras tutor præstet? Nam recentiores plerique putant, tutorem teneri ad usuras centesimas (12. pro centum) ut Cujacius Hotomannus & Barn Brissonius *lib. 3. selectarum antiq. juris cap. 1.* Moventur eo; quòd tutor & curator, sicut & administrator rerum ad civitatem pertinentium, dicuntur præstare maximas & gravissimas usuras: ut in *l. 38. qui sine. ff. de negot. gest.* & in *l. 54. non existimo. ff. de admin. & peric. tut.* & *l. 7. § & solent eod. t.* Est autem usura maxima non alia, quàm centesima. Sed contraria sententia, (nempe tutorem non ad centesimas; sed tantùm ad semisses usuras, quæ est dimidia centesimæ, teneri; & quidem non semper, sed quibusdam duntaxat casibus: atq; hanc pro subjectâ materiâ dici *maximam & gravissimam usuram*) mihi verior videtur: quam & Giphanius noster defendit *ad l. 26. cos. C. de usur.* Etsi enim olim tutor quibusdam casibus centesimas usuras præstare cogebatur: & JC. sæpè in suis libris centesimæ fecerunt mentionem: (quam Plinius *civilem usuram* vocat.) tamen † posteaquam Justinianus *in d. l. cos.* con- 21
stituit semissem pro maximâ usurâ in vulgaribus scilicet hominibus, qui non sunt mercatores sive negotiatores; (nam hi besses, id est, octo pro centum, præstant) etiam tutores tantùm usuras semisses præstant. Atque hæ intelligendæ sunt in legibus sub nomine legitimarum usurarum, quamtumvis fortè ibi scriptum fuerit à Jurisconsultis aliquid de centesimis. Nam Tribonianus ita mutavit ea loca, ut pro centesimis substitueret legitimas: idque ideò, ut conformaret ea loca sanctioni Imperatoris sui *in d. l. cos. C. de usur.* Hujus sententiæ firmissimum est fundamentum: quia Imp. in *l. 3. C. de usur. fiscal.* facit mentionem *d. l. cos* qua revocaverit usuras ad dimidium centesimæ, sive semisses, exceptis certis personis in eâ enumeratis, & vult ne fiscum quidem inter eas esse. Nec pupilli igitur inter exceptas personas erunt, præsertim cum toto jure nusquã reperiantur excepti: quocirca manebunt sub regulâ. Deinde accedit auctoritas Basilicorum, in quibus quod scriptum est in *l. 1. C. de usur. pup.* tutorem pecuniæ pupillaris in suos usus conversæ præstare legitimas usuras, hoc disertè ita explicatur, eum in usuras semisses teneri.

22 Meminerimus † autem diligenter hujus distinctionis, quod tutor aut converterit pecuniam pupilli in suos usus, (puta, quod ea negotietur) aut non converterit, sed alias secum habuerit. Priore casu, tenebitur ad graviores usuras, (quas Ulpian. *legitimas* vocat, in *l. 7. §. quæ autem. ff. de adm. tut.*) posteriore casu tenebitur in usuras minores, puta vel quincunces, vel trientes, vel si quæ aliæ leviores in regione frequententur. *d. l. 7.* Ratio differentiæ est, quia gravius peccat tutor, qui pecuniam pupilli in suos usus convertit; (neque enim tutela gerenda est ad utilitatem tutoris, sed potius pupilli, teste etiam Cicerone *lib. 1. de offic.*) quàm qui non convertit, sed alias otiosam secum habuit. Non mirum igitur, quod ab illo graviores usuræ exigantur. Dices: atqui videbatur is, qui non est usus pecuniâ planè nullas usuras eius præstare debere. Resp. jure quidem novissimo hoc verum est, ut supra exposui: Sed jure ut loquimur, Pandectarum, sive Ulpiani tempore, idcirco etiam huius pecuniæ usuras præstare cogebatur; quia debebat eam non retinere secum otiosam: sed ad utilitatem pupilli vel fœnori occupare, vel ad comparationem prædiorum idoneorum.

Sed quia dixi, nonnullos esse casus, quibus tutor ad semisses usuras tenetur: inter quos unus jam fuit, si pecuniam pupillarem in suos usus convertit: hac
23 occasione addam hîc etiam cæteros. Secundus † igitur est, si tutor negaverit ullam esse in promtu pecuniam pupilli, & apud prætorem convictus fuerit de mendacio. Tertius est, si falsò negaverit pupillo esse aliquam pecuniam, & proinde auctor ipsi fuerit, ut pecuniam mutuam aliunde sub gravissimis usuris acciperet, vel ad se alendum, vel ad difficultates & onera aliqua expedienda. Quartò, si tutor jussus deponere pecuniam pupilli ad comparationem prædiorum, id facere neglexerit. Quintò & ultimò, si ipse tutor à debitoribus pupilli graviſſimas usuras, id est, semisses perceperit, *d. l. 7 §. pecuniæ. & §§. seqq. ff. de admin. tut.*
24 Ratio † horum omnium est, tùm ut puniatur mendacium tutoris: tùm ut coërceatur cupiditas lucrandi ex alieno: tùm denique ut magna negligentia tutoris, etiam admoniti, quæ dolo proxima esse videtur, non maneat impunita: ut ita hic non lucratoria, sed punitoria, ut vocant, sit usura. Ratio autem cur aliàs regulariter tutor tantùm ad usuras in regione receptas & frequentatas teneatur, est: quia tutelæ actio est judicium bonæ fidei. *§. actionum. Inst. de action.* & in judiciis bonæ fidei hæc regula est, ut præstentur usuræ in regione vel provincia aliqua receptæ. videatur Borcholten *in tract. de usur.*

CAP. VII.

De obligatione ad reddendas tutelæ rationes, quas etiam mater tenetur reddere liberis eorum tutelam administravit: Item de in integrum restitutione, quæ liberis etiam adversus matrem post secundas eius nuptias competit, si circumscripti ab ea fuerint, & adhuc intra tempora restitutionum occupati. Ad Nov. 155.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Propositio.*
3 *De inscriptione. Nov. 155.*
4 *Novellam 155. Imp. vocat pragmaticam.*
5 *Facili-*

5 *Facti species, quæ Novellæ 155. occasionem præbuit copiosè & eleganter proposita*

6 *Rescriptum & decisio Iustiniani: additis decidendi rationibus, & rationum dubitandi refutationibus.*

7 *Episcopi olim controversiis civilibus, maximè testamentariis, & inter coniunctas personas agitatis adhibiti.*

8 *Summa Novellæ 155.*

9 *Ex Novellâ 155 excerpenda Authentica, & legi ult. C. qui & adv. quos in integr. rest. non poss. subiicienda: & cur id ab Irnerio non factum?*

10 *Cur Petro illi, de quo in casu Nov. 155. nulla sit mota controversia: coniectura.*

11 *Haloander adversus Cuiacii accusationem defensus.*

DOsteaquàm † de personis tutorum & curatorum egimus, nec non 1
de officio eorum: restat nunc ut videamus de obligatione. Obligantur autem tutores & curatores cùm ad alia multa, tùm ad rationes tutelæ reddendas & reliqua restituenda pupillo eiúsve hæredibus: de quibus est *tit. ff. de tut. & rat. distr.* item *tit. C. arb. tut.* In illis nihil admodum mutavit Imp. per Novellas. Ergo mansit in suo vigore jus anteà receptum *argum. l. præcipimus. 32. C. de appellat.* Tantùm, quia dubitatio quædam inciderat de matre, an illa quoque rationibus reddendis obnoxia esse deberet: Imp. eam quæstionem definivit propriâ quadam Novellâ quæ est in ordine C L V. Eam Novellam † quia multa continet, non minùs utilia quàm jucunda, sub hoc cap. 2
explicabimus. Atque, ut primùm † de inscriptione sive titulo eius pauca 3
admoneam, apud Cujacium quidem hæc Nov. negativè inscribitur ad hunc modum: *ne matres tutelæ rationibus obnoxiæ sint.* quam inscriptionem & Gothofredus & Pacius, & alii sunt secuti. Sed hoc non rectè fieri puto, cum in Græcâ editione tàm Haloandri, quàm Scrimgeri, affirmativè legatur titulus, ad hunc modum: περὶ δεῖν, τὰς μητέρας ὑποκεῖσθαι ἐπιτροπικοῖς λογισμοῖς. Quod valet: *Oportere matres subiacere tutelaribus rationibus:* vel, ut Haloander vertit, *ut matres tutelæ rationibus obnoxiæ sint.* Quæ inscriptio longè verior est, & subjectæ Novellæ contextui accommodatior. Debet enim, ut vulgò dicitur, rubrum cum nigro concordare. Accedit ipsa quoque expositio Cujacii planè contraria inscriptioni: Nam in eâ similiter affirmativè concipitur, & traditur regula: *matres, quæ tutelam aut curationem gesserunt filiorum, rationibus reddendis obnoxiæ sunt. Nov. 22.*

Sed quo pleniùs hæc Novella intelligatur; ante omnia recitabo eius facti speciem: ex qua, (ut & de aliis multis factum) Imperatori data est occasio eam promulgandi.

Sed † priùs hoc quoque præmoneo, semel atque iterùm hanc constitutionem ab ipso Imperatore *Pragmaticam formam*, sive *pragmaticum typum* appellari. Pragmatica forma sive sanctio quid sit, videatur apud Lexicographos. 4

Species † autem talis est: Mortuo Sergio, magnificæ, ut Imp. scribit, memoriæ, (ex quo intelligimus eum magnæ dignitatis fuisse, cum præsertim & uxorem ejus, & filiam, splendidissimas feminas idem Imp. salutet) unicâ relictâ filiâ ad modùm juvencula Martha; mater hujus puellæ Auxentia tutelam illius susceperat, jure juraudo priùs apud acta præstito, quo secundis nuptiis renuncia- 5

verat

verat (nam tunc temporis adhuc in usu erat illud jusjurandum, quod mater tutelam liberorum suscipiens, præstare cogebatur: quamvis postea Imp. id sustulerit, ut supra dixi *c. 2. huius part. 8.* Neque enim probo, quod putat CL. Cujacius *ad Nov. 122. p. 182.* Imperatorem hac Novellâ jusjurandum matris probasse: imò non probavit, quod jam sustulerat, tanquam perjurii occasionem.) Eadem mater in inventarium, quod quilibet tutor, priusquam ad ministret, facere tenetur, ut item supra dixi *c. 5. ex l. 7. in pr. ff. de admin. tut. & l. 24. tutores C. eod. & l. ult. C. arb. tut.* In inventarium, inquam, pauca admodùm contulerat bona, quasi scilicet substantia defuncti fuisset exigua. Tandem neglectà jurisjurandi religione, ad secundas nuptias, quas tamen priùs eiuraverat, transitum fecit: filiæ verò suæ Petrum quendam tutorem suo loco nominavit. Nam, ut item supra dixi, mater & avia per secundas nuptias tutelam liberorum suorum ipso jure amittunt. Ex secundo illo matrimonio duos peperit filios: quibus quidem, ita ut fit, sese totam mancipavit, neglectà prioris copulæ filiâ, de quo malo more feminarum iterùm nuptarum aliàs *supra parte 4.* retuli elegantem Homeri locum *ex Odyss. 6.* Cumque puella Martha vix tredecim annos nata esset, Petrus ille tutelam deposuit: & puellæ jam puberi persuasum est, non solùm, ut peteret curatorem secundæ ætatis (ut loquitur Imp.) id est, qui minoribus dari solet: sed etiam ut conscriberet apochas, quibus matrem liberaret ab obligatione tutelæ; renũcians omnibus juribus & actionibus, quæcunque ipsi competere possent occasione ratiociniorum tutelarium. Ac fecit huiusmodi apochas Martha, cùm esset sola in quodam cubiculo, nec per ætatem satis intelligeret quicquam illorum, quæ agerentur: non haberet etiam cujusquam hominis copiam, cum quo istas res communicaret, sive deliberaret, quemq; in consilium adhiberet: (Hic obiter noto, quod Haloander ista verba: *οὐδὲ ἐξὸν εἰπεῖν πρωτοβούλην*, non rectè verterit, *neque in ullo contradicere posset*) ut maximè intelligeret quid damni inde sibi oriretur, aut quales essent insidiæ ac technæ matris suę, jam novercantis. Tandem procedente tempore, cùm jam sensisset, quid adversus se actum fuisset; usa fuit erga matrem rationibus quibusdam & hortationibus: quibus ei ad animum revocaret & persuaderet, ne quid contra officium pietatis maternæ agere vellet, néve superioribus actis sic abuteretur: quin potiùs bona paterna sibi restitueret, prout leges volunt ac jubent. Illa verò in animum à filiâ planè alienum atque aversum nullas rationes admittere, sed potiùs, ne sine prætextu juris injustè agere videretur, obtendere filiæ. *l. ult. C. qui & adverſ. quos in int. reſt. non poſſ.* qua constitutione Justinianus denegaverat liberis restitutionẽ in integrum adversus parentes: sicut & libertis adversus patronos: quasi ab illis in administratione rerum fuissent circumscripti. Nam verecundia sive reverentia parentibus & patronis debita, non videbatur restitutionem ullam admittere: sicut neque etiam actionem vel famosam, vel quæ pudorem alicuius suggillat. Replicabat filia Martha, istam legem non loqui de matribus quæ, posteaquam liberorum suorum curam suscepissent ad secundas nuptias migrárunt: sed agere de casibus & modis longè diversissimis. Hæc omnia libello supplici complexa Martha, proposuit Imperatori nostro, petens *dictâ l. ult.* interpretationem claram,

clàram, minimeque ambiguam. (leges enim interpretari ejusdem est, cujus & condere. *l. ult. C. de legib. l. 2. §. 21. hoc autem. C. de vet. Jur. enucl. & Nov. 143. in pr.*) Deinde ne permitteretur Auxentiæ matri suæ sic abuti eius legis verbis, & paterna filiæ bona intervertere, suoque lucro apponere. Ad † hanc supplica- 6
tionem rescripsit Imperator: decidens hanc controversiam per formam Pragmaticam, & quidem secundùm Martham filiam, contra matrem Auxentiam. Ait enim, *d. l. ult.* nihil facere ad rem, neque pro Auxentia, quæ filiæ suæ fuerat tutrix, sed potiùs ipsam dictâ lege abuti. Non rectè quoque eam in secundo matrimonio, quod contraxerat, contemtâ jurisjurandi religione, impetrasse à filiâ liberationem ab obligatione tutelari. Quo circa non prohiberi Martham petere restitutionem in integrum adversus matrem: cùm proponatur nondum attigisse 20. ætatis annum: ut ita tempora restitutionm, quæ dantur minoribus, nõdum exierint, quorum terminus est demum vicesimus annus. *l. ult. C. de temp. in integ. rest.* ut ita huic Marthæ toti novem anni adhuc superfuerint. Quòd autem ad *l. ult. C. qui & adversus quos, &c.* pertineret, eam ad præsentem casum nihil facere, quod idem etiam jam antè objecerat matri suæ replicando ipsa Martha. Nihil enim agere eam de parentibus, qui liberorum suorum tutelam vel curam susceperunt, quemadmodùm in suâ quoque replicatione prædicta filia rectissimè attulerat. Quin potiùs aliam Imp. legem laudat posteà à se latam, qua constituerit tutores non antè posse suscipere tutelas pupillorum, quàm tempore constitutionis sive confirmationis suæ, deposuerint, se pupillos non indefensos relinquere velle: (ubi intelligo *Nov. 72.* qua tutor jubetur jusjurandum præstare, & satisdare, quod velit omnia ad utilitatem pupilli agere, ut supra latiùs exposui: neque assentior hîc CL. Cujacio, qui putat intelligendam esse *l. ult. § personis. 2. C. de admin. tut.*) idemque matri tutelam liberorum suscipere volenti incumbit: quæ si alium liberis suis tutorem nominare velit, suo periculo & cum discrimine rerum suarum, id est, hypothecâ tacitâ, hoc fecerit. Concludit igitur Imp posse Martham, siquidem docuerit, se id ætatis esse, ut tempora restitutionũ nondùm præterierint, etiam adversus matrem uti restitutione in integrum, cæterisque omnibus juribus ac remediis, quæcunque leges minoribus indulserunt. Etsi enim à liberis verecundia, honor, & obsequium, & reverentia debetur parentibus, nullatenùs violanda: tamen neque parentibus permittendum aut connivendum est, ut soboli suæ injuriam, aut detrimentum aliquod inferant. Neque verò aut pium, aut fas est, prioris matrimonii liberos negligere aut despectui habere: neque permittendum est matri, ut paterna bona, quæ ad liberos devoluta sunt, vel in lucrum convertat, vel secundi mariti, vel etiam liberorum posterioris copulæ: quod etiam prohibet Imperator in *l. lex qua tutores. 22 C. de adm. tut.*

Postremò Imp mandat Belisario, ut adhibito Archiepiscopo Theopolitano, (id est, Antiocheno. Nam Antichia dicebatur etiam Θεόπολις, quasi dicat, *Dei civitas*) rescriptum hoc executioni mandet: ex quo intelligimus, Auxentiam illam & Martham fuisse Antiochenæ ditioni subjectas. Hoc † quoque ex 7
præsente loco discimus, solitos fuisse olim & Episcopos rebus secularibus tra-

ciandis adhiberi, præsertim quæ dependerent ex testamentis, & si controversiæ agitarentur inter liberos & parentes, & minores præsertim. Tanta enim erat fidei de sanctitate Episcopali & auctoritate, quòd suâ præsentiâ facilimè & æquissimè controversias possent componere. Hac de re etiam dixi aliquid *ad partem* 1.

8 Jam, ut superiora omnia in summam quandam colligamus; † hucnimirum omnia redeunt ab hypothesi ad thesin revocata: matrem, quæ liberorum tutelam administraverit, postquam ad secundas nuptias transierit, non esse immunem à reddendis rationibus (idem intelligendum etiam de avia *arg. Auth. matri & av. e C. quan. mul. tut. off.*) & si liberis suâ apochâ & liberatione datâ matri vel aviæ docere possint, se læsos esse, & adhuc in minore ætate, vel intra tempora restitutionis in integrum constitutos, posse adversus eas integri restitutionem petere.

9 Ex his † manifestum evadit, debuisse Authenticam quandam sumi ex *d. Nov.* 155. ac subiici *legi ult. C. qui & adversus quos.* utpote cui per *d. Nov.* derogetur. Id autem cur ab Irnerio factum non sit, ratio in promptu est: quia *d. Novellam* non habuit. Neque enim extat in veteri translatione: imò ne quidem apud Julianum *in Epitome Novv.* quod magis miror, cum tamen satis liquidò appareat, germanam ac genuinam esse Justiniani constitutionem: & quidem talem, quæ non ad solam Auxentiæ & Matthæ controversiam dirimendam pertinere potuerit, sed etiam deinceps possit, ad omnes alias similes, quæ quandoque incidunt.

10 Illud † in *h. Nov.* miratiliceat, quod nulla Petro illi mota sit controversia, quem diximus post mortem tutelæ officio functum esse. Sed is fortasse non fuit solvendo, vel etiam decesserat, vel aliò se contulerat, ut ad conveniendum esset difficilis.

11 Postremò, † quod Doctiss Cujacius Haloandrum *ad hanc Nov.* reprehendit, quasi malè verterit *filiorum suorum*, cum in Græco sit *pupillorum*: videtur sanè immeritò eum reprehendere. Imò Haloander rectè vertit, quod in suo Codice reperiebat: τὰς τῶν ἰδίων παίδων ἐπιτροπὰς ἀναδέξασθαι: quod certè est *filiorum suorum tutelas suscipere*. Fateor tamen lectionem Scrimgeri meliorem esse, τὰς τῶν νέων ἐπιτροπὰς ἀναδέξασθαι. νέων autem non est *pupillorum*, sed *minorum*, seu *adolescentium*. Quod ideo moneo, ne nimis proni aut cupidi simus ad reprehendendos alios, quibus fortasse sua constare potest ratio.

CAP. VIII.

De aliis quibusdam locis Novellarum, ubi præterea fit mentio tutelæ vel curæ.

SUMMARIA.

1 *Summa Nov. 117 c. 1. & cur patri non acquiratur usus fructus in bonis filiifam. advenitiis illis, quæ ei donata relictave sunt, nec ad patrem usus fructus pertineret.*

2 *Cui competat talium filiifamilias bonorum administratio: ex d. Nov. 117 c. 1.*

3 *Quod-*

3 *Quodnam sit eius administratoris officium, remissivè.*
4 *Ad hoc caput referenda quæcunque ad argumentum tutelare pertinentia in Novellis occurrunt.*

EXposui hactenùs præcipuas Novellas, quibus agitur de tutelis & tutoribus. Sunt autem & aliæ quædam Novellæ, in quibus obiter fit mentio tutorum vel curatorum, & aliquid ab Imperatore de illis disponitur. His igitur præsens caput assignare libuit, ne silentio ea loca transmisisse, aut obliviosè præteriisse videamur. Ex eorum locorum numero, inprimis ille non incelebris *in Nov. 117. c. 1.* † cujus summam recitabo: si quis 1
filiofam. alieno vel testamento reliquerit, vel donaverit res aliquas inter vivos, mortisve causâ, hac adiectâ lege sive conditione, ut ne patri acquiratur ususfructus: (quam legem sive conditionem crebrò adiici solere donationibus & legatis docet Giphanius *ad l. C. de bon. quæ liber.*) tunc patri ususfructus bonorum illorum non acquiritur: sed ea pleno jure ad filium fam pertinent. Eaque est nobilis exceptio illius regulæ, qua traditum est, bona adventitia quoad proprietatem quidem esse liberorum, qui in potestate sunt, quoad usumfructum verò pertinere ad patrem, quod explicatur sub *tit. Instit. per quas pers.* & *l. 6. cum oportet. C. de bon. quæ liber.* & latè à Pinello *intr. de bon. matern.* Ratio exceptionis est, voluntas vel testatoris, vel donatoris, cui liberum fuit ejusmodi legem rei suæ dicere: cùm potuerit etiam nihil donare, vel non tantum, vel plus donare, aut legare: unusquisque enim est rei suæ liber moderator & arbiter. *l. 21. in re mandata. C. mandati cum simil.* Neque repugnat juri talis conditio, ut cujus est proprietas, eiusdem etiam sit ususfructus: ut eleganter docet Cujacius *ad d. Nov. 117. c. 1.* Ideò autem ferè solet adiici talis conditio, ne patri ususfructus acquiratur in rebus filiofam. donatis aut relictis: quia quis alienus est ab ipso patre, & contrà bene cupit, sive factum vult, soli filio: vel etiam, quia videt filium bonæ frugi esse, cùm pater sit prodigus, & dilapidator. Jam † quæritur de 2
talium bonorum administratione, cuinam ea competat? Etsi autem alias pater solet esse legitimus administrator bonorum adventitiorum filifamilias. *l. 1. in verb. & personam gerant legitimam. C. de bon. matern. & ibi Dd.* hoc tamen casu esse non poterit, quippe cui obstet expressa voluntas vel testatoris, vel donatoris. Nam cùm is voluerit excluſum patrem ab usufructu earum rerum, utiq; etiam ab earundem administratione eum voluit remotum. Erit igitur administratio aut penes ipsum filiumfamilias, si is perfectæ sit ætatis, ut loquitur Imp. *in d. Nov. 117* hoc est, 25. annorum (quæ aliàs etiam in jure dicitur *perfecta ætas*, ut in *l. 1. ff. de minor. 25. ann.* & alibi passim: tametsi etiam aliquando pro subjecta materia aliter usurpetur perfecta ætas. Videantur Lexica in verb. *Perfecta ætas.*) Aut penes matrem & aviam, quibus gubernationem commiserit testator vel donator ita tamen ut mater & avia non cogantur administrationem suscipere: aut penes alium, quem testator vel donator voluerit esse administratorem: aut denique si testator vel donator neminem constituerit curatorem seu gubernatorem, vel etiamsi fortè constitutus quispiam ab eo noluerit administrare, vel

mortuus fuerit: tùm judex competens idoneum aliquem curatorem ordinábit cum legitimâ fidejussione, sive satisdatione, & is erit curator, donec filius fam. ad perfectam ætatem pervenerit. *d. c. 1. Nov. 117.* Est quidem hoc subturpiculum patri, quod sic removetur & excluditur non solùm ab usufructu, sed etiam ab administratione bonorum advêtitiorum filiifamiliâs: interim verò utile est filio pater verò sibi imputet, qui rem eò devenire fortassè permiserit, & eiusmodi conditioni adiiciendæ occasionem præbuerit; sive dissolutione vitæ ac morum, sive inimicitiis ac simultatibus, quas cum testatore vel donatore exercuit. Nam si pater neque prodigus sit, neque inimicus testatori vel donatori, tum verò non facilè crediderim eiusmodi legem rebus filiofamiliàs ipsius legatis vel donatis adjectum iri. Est autem hic locus satis memorabilis ac singularis, de curatore hoc casu constituendo, sicut etiam hoc, quod mater & avia
3 eo casu excluso patre administrationem bonorum suscipiunt. Cùm † autem & in curatore isto, & in matre & aviâ, cæterisque administratoribus, idem juris sit, quod in aliis tutoribus & curatoribus: sufficere hîc possunt ea, quæ suprà sunt tradita, nec opus est novâ aliquâ doctrinâ, de horum vel officio, vel obligatione.

4 Ad † hoc caput referri velim ab unoquoque privatâ diligentiâ, quicquid præterea in Novellarum lectione sparsim occurrerit ad argumentum tutelæ pertinens.

CAP. IX.

Miscellaneæ quædam observationes de Tutela & tutoribus, itemque curatoribus: nec non differentiæ quædam Iuris Saxonici & consuetudinarii à civili.

SUMMARIA.

1 *Ius Saxonicum, neglecto iure Novellarum, quo differentia inter agnatos & cognatos, tàm quoad tutelam, quàm quoad hereditatem sublata est, sua vetus retinuit*

2 *Satisdatio tutuorum etiam Imperii Romano-Germanici recessibus requiritur: quorundam autem locorum statutis municipalibus remittitur.*

3 *Iure Saxonico quando tutor futurus est heres pupilli, non agitur satisdare: secus quam iure civili Iustinianeo.*

4 Cautiorem, *non* Cautionem, *legendum in fine Nov 72.*

5 *Quinque capita, quæ regulariter debent præcedere antequam tutor administrare possit tutelam, remissivè.*

6 *Modi cogendi tutores aut curatores ad suscipiendum officium suum, remissivè*

7 *Iure civili tutor demùm tutela finitâ, at iure Saxonico quotannis; & Imperii nostri constitutionibus etiam durante adhuc tutelâ, ad requisitionem magistratus, rationes reddere tenetur.*

8 *Ratio Iuris Saxonici & constitutionum Imperij.*

9 *Iure Saxonico maritus est curator uxoris suæ, secus quam civili.*

10 *Differentia inter Ius Civile, Saxonicum, & consuetudinarium circa tempus finiendæ tutelæ*

11 *Moribus receptum, contra ius civile, ut minores etiam invitis curatores accipiant.*

12 *Quis tutorem det pupillis immediatè subiectis Imperio Romano?*

13 *Mulier amissâ depositivè tutelâ propter secundas nuptias, an vidua facta, aut non nubens recipiat tutelam?*

14 *An & quatenus pater possit testamento suo a tute-*

Digitized by Google

à tutelâ removere matrem?
15 An curator ad litem, teneatur facere inventarium?
16 Quænam sint requisita alienationis rerum pupilli vel minoris? remissivè.
17 An hodiè coherente ferè tutelâ & curâ, tutor possit pubertatem pupilli rationes reddere, & curatore petito tutelam deponere possit?
18 An tutori debeat salarium constitui, eidemque egeno ex bonis pupilli alimenta decerni?
19 An etiam executio locum habeat adversus tutorem vel curatorem, pro debito pupilli vel minoris?
20 Quæ actiones dentur contra tutorem, remissivè.
21 Actio subsidiaria adversus magistratus desuetudine abrogata.
22 Commentatorum de tutelâ & curâ catalogus.

CONiiciam in hoc caput memorabilia quædam de tutelis, quæ supra prætermisi, & tamen ad rem facere videntur.

I. † Cùm jure civili novissimo sublata sit differentia agnatici, & cognatici juris, tàm quoad tutelam, quàm quoad successionem legi- 1
timam: quâ differentiâ olim potiores erant agnati cognatis: ita ut non solùm si eodem gradu essent, præferrentur agnatis, verbi gratia patrui avunculis. *l. 1. C. de legit. tutel. & l. 5. C. de legit. her.* Sed etiam ipsi agnati, quamvis remotiores excluderent proximiores. *Nov. 118. c. 5. & Auth. sicut hæred. C. de legit. tut.* Jus Saxonicum in eo differt à civili, quod retinuit vetus discrimen modò expositum: & in tutelâ gerendâ præfert agnatos cognatis, & quidem hoc ordine, ut semper onus tutelæ spectet ad proximiorem: & inter plures ejusdem sive paris gradus, senior agnatus cæteris præferatur: (sicut etiam apud seniorem solent instrumenta deponi) teste Joh. Schneidewino *ad tit. Inst. de legit. agn. tut.* Videantur auctores differentiarum juris civilis & Saxonici. Quomodo etiam in feudorum successione remanserit differentia, ut scilicet agnati præferantur cognatis. quâ de re alibi.

II. De † satisdatione tutorum monui suprà, Imperatorem jus antè rece- 2
ptum confirmasse *in fin. Nov. 94. in Epilogo*, his verbis: *subtiliter & fidejussoribus dandis.* Idem confirmavit etiam Carolus V. *in Comitiis Augustanis Ann. 48* & Rudolphus II. *in Comitiis Francofurtensibus initio statim imperii ann. 77.* In der Policey Ordnung/*tit.* Von Pupillen vnd Minderjährigen. Quamvis quorundam locorum legibus municipalibus remittatur necessitas satisdandi, ut suprà etiam dixi fieri in Reformatione Norica *tit. 39.* Sed † hîc observanda est insuper 3
differentia Juris Saxonici à Jure communi: Nam Jure Saxonico, quando tutor futurus est hæres pupilli, non tenetur satisdare, nec rationem de bonis eius, (vel administrationis suæ) cuiquam reddere, teste Schneidewino *ad pr. tit. Inst. de satisd. tut. vel curat. num. ult.* cùm jure civili talis tutor non minùs, quàm alii, satisdare cogatur. *l. 5. ff. de legit. tutor.* Idque fortassè magis est ex usu ipsius pupilli.

Præterea † observari hîc debet diversa lectio in *Nov. 72. prope finem*: alii enim 4
libri apud vet. interpretem sic habent: *sed cautionem faciet ad rerum gubernationem*: quam lectionem reperio etiam in vetustissimo exemplari, & video Accursium quoque olim secutum, putasse ibi agi de cautione, sive satisdatione

Digitized by Google

rem pupilli salvam fore: ut in gl ibidem videre licet. Animadverto quoque eandem lectionem retineri à Gothofredo in utraque editione corporis juris. Sed neque Accursio, neque Gothofredo allentior: quin potiùs legendum aio: *cautiorem faciet*. Nec enim agit ibi Imp de cautione, quam facere seu præstare debeat tutor, quæ usitatiùs dicitur satisdatio, item fidejussorum datio: sed loquitur ibi de effectu juris jurandi, qui est, quod faciat tutorem cautiorem sive circumspectiorem in administratione tutelæ, sive rerum pupilli gubernatione. Confirmo hanc lectionem tribus fundamentis. 1. est petitum ex ipso contextu: Nam si retineas *cautionem*, unde quæso pendebit participium sequens, *timentem*? 2. quia disertè sic editum est ab aliis, *cautiorem*, quomodo etiam in meo corpore glossato Lugduni Anno 51. apud Hugonem à Porta edito, scriptum est. 3. idque omnium est fortissimum: quia in Græco fonte est ἀσφαλίστερον ποιήσει, id est, cautiorem faciet.

5 III. † Observari velim quinque capita, quæ regulariter debeant præcedere antequã tutor administrare possit tutelam: de quibus videatur d. Const. Carolina. Under Policey Ordnung. *Anno 48* & altera *Anno 77*. eaque recensentur & explicantur ordine etiam à Joh. Schneidewino *ad t. Inst. de legit. agn. tut. n. 13. & septem seqq* à quo ista petere licebit.

6 IV. † Observentur aliquot modi cogendi tutores & curatores ad suscipiẽdum munus suum, à quo quidem nullam habent excusationem legitimam: qui petantur *ex addit. ad Schneidew. init. tit. de Attilian. tut.*

7 V. † Jure civili tenetur tutor finitâ demùm tutelâ rationes suæ administrationis reddere: Nam & tutelæ actio durante tutelâ non habet locum. *§. ult. I. de Attil. tut. in verb post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt. & l. 1. §. officio. ff. de tut & rat. distr. cum simil. l. 9. & 11. C. arb. tut.* Sed Jure Saxonico tenetur tutor quotannis rationem reddere bonorum pupilli proximioribus ejus cognatis & futuris hæredibus: ut est *l. b. t. Landrecht. art. 23.* Schneidew. *ad §. impuberes n 3. I. de Attill. tut. & ad §. tutores. n. 3. I. de obl. quæ quasi ex contr.* Similiter ex const. Caroli V. Anno 48. promulgata Augustæ, tutor etiam durante tutela ad requisitionem tamen magistratus cogitur rationes administratæ tutelæ reddere: quæ de re videatur die verbesserte Policeyordnung / Anno 77. promulgata. Ratio-

8 † & Juris Saxonici & Novellarum imperii, illa esse videtur: quia melius est, intacta cujusque jura servari, quàm post causam vulneratam remedium quærere. *arg l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. & l. 1. vers. melius enim est. C. quan. l. cent. unicuique sine jud. se vind. & l. 4. C. ad l. Corn. de sicar.* Nam & fraus tutoris & negligentia, si qua intervenerit, sic poterit maturiùs deprehendi, & remedium adhiberi. Tum etiam hæc cura acuet diligentiam & fidem tutoris: si intelligat, se non demùm in fine tutelæ, sed quotannis actus sui rationem reddere debere: & facilè ac citò patefactum iri, si quid fortè in perniciem pupilli commiserit, vel omiserit.

9 VII. † Observetur & alia differentia: Jure civili maritus non potest esse curator uxoris suæ. *l. 2. C qui dare tut. vel curat poss.* Sed Jure Saxonico, uxorem ducens recipit eam in suam tutelam, omniumque ejus bonorum fit administrator legitimus: de quo videatur textus illius juris apud Schneidewinum *ad §. ult. t. &.*

vult.n.8.& 9. l. si qu. bus mod. jus pat. pot. solv. & apud Lud. Fachsium *in different. c. 8.* Item apud S. hurpf. *conf. 80. cent 1.* cujus rei effectus est insignis, ut mulier sine consensu mariti non possit alienare bona sua, maximè immobilia. Huic simile, quod Ulpian. *lib. regularum titul. 11.* testatur, feminas olim sub perpetuâ tutelâ fuisse.

VII. † Est etiam differentia inter jus civile & Saxonicum, item inter jus consuetudinarium, quoad tempus finiendæ tutelæ & curæ. Nam jure civili finitur tutela pubertate, hoc est, in maribus decimoquarto; in feminis duodecimo ætatis anno impleto: ut notum est *ex inst. init. tit. quibus mod. tut. fin.* Jure autem Saxonico Feudali pubes quis fit, ubi compleverit annos tredecim & sex menses, ut notat Schneidewinus *ad init. d. t. n. 4.* Moribus variè finitur cura: In illustribus quidem personis anno 18. ex Aureâ bullâ Caroli IV. de qua superioribus annis maximæ concertationes motæ sunt, & acriter disputatum inter Sereniss. Electorem Palatinum Fridericum IV. & patruum ejus Illustriss. Richardum Palatinum Simmeranum. Scripta utriusque partis extant, sed obtinuit causa Electoris. 10

VIII † Benè notanda est differentia inter jus civile, & mores: Jure civili minor invitus curatorem non recipit, nisi ad litem. *§. item invito. l. de curator.* Sed moribus receptum est ex æquitate, quam vocant canonicâ, ut etiam invitus minor cogatur ad recipiendum Curatores: quod & Carolus V. probavit, *in d. ordinatione Politiæ tit. 11. § 1. & seq. n. 48.* videatur & Ant. Piaggius *tr. de tutel. q. 2. n. 17.* & Schraderus *in tr. Feud. parte 10 sect. 19. n. 213.* 11

IX. † Quæritur, quis tutorem det pupillis immediatè subjectis imperio? Resp. ex And. Gailio *lib. 1. obser. 1. n. 47.* Cameram Imperialem: quod tamen nihil impedit, quò minùs etiam Imperator ipse, cujus vicem judicat Camera, tutorem dare possit. 12

X. † Quid si mater, quæ amisit tutelam liberorum per secundas nuptias, ut supra dictum, denuò fiat vidua, num tutelam post secundi mariti mortem poterit reassumere? Verior est sententia negativa: quam probat etiam Mynsing. *cent. 3. observ 8.* Licet speculator diversum sentiat, *in tit. de tutore.* Sed quod vult idem Mynsingerus matrem, quæ deposuerit tutelam, nec tamen secundò nupserit, posse tutelam recuperare: de eo ut dubitem hæc facit regula, quæ dicitur: *non dari regressum ad jus, cui quis renunciaverit.* Unde fit, ut magis inclinem in sententiam negativam: quæ & Baldi fuit *ad Auth. sacramentum. C. quando mul.* 13

XI. † Quæritur: an pater possit testamento suo à tutelâ removere matrem? Et certum est posse: dum modò alium liberis tutorem dederit: nullo autem dato tutore non poterit. Videatur Petr. Peckius *in tr. de test. conjug. lib. 2. cap 16.* 14

XII. † Quæri video, an curator ad litem, teneatur facere inventarium? Resp negativè cum And. Gailio *lib 2 obs. 108. n. 11.* 15

XIII. † Quia officium tutoris & curatoris versatur etiam circa alienationem rerum pupilli, vel minoris. *t. t. ff. de reb. eorum qui sub. tut. vel cur. & tit. C. de præd. & aliis reb. min. sine decret. non alien.* quæritur quænam sint requisita hujus alie- 16

Digitized by Google

jus alienationis? Resp. ea octo tradit, ex Dd. collecta, Joh. Shneidew. *ad t. I. de auct. tut. propè fin. vers. sed plura ad hoc, n. 32. & seq.*

17 XIV. † Quia hodiè ex notoriâ consuetudine ferè cohærent tutela & cura, ut qui tutor alicuius fuit, maneat etiam curator ejusdem: quæ consuetudo nonnihil recedit à jure civili, quo sufficit alicui inserviisse in tutelâ: quæritur, an non possit tutor post pubertatem pupilli rationes reddere, & curatore minori petito tutelam deponere? Resp. omninò posse. Videatur And. Gail. *lib. 2. observ. 96. n. 6.*

18 XV. † Quæritur sæpè, an tutori debeat constitui salarium? Resp. Regulariter quidem certum est, nullum tutori à pupillo deberi salarium. Volunt tamen Dd. posse judicem ex justâ causâ tutori statuere aliquod salarium, pro facultatibus scilicet pupilli, & qualitate personarum. Ita gl. Bart. & Dd. *ad l. 33. à tutoribus. §. fin. ff. de admin. tut.* Imò sunt etiam, qui putent, tutorem egenum aliquando esse alendum ex bonis pupilli locupletis: de quo videatur Joh. Schneidewin *ad §. sed & propter. I. n. 4. cum allegatis ibidem in Addit. titul. de excus. tutor.* Quod equidem dubito, an ex usu sit pupilli, certè non video quomodo conveniat cum eo, quod Jason tradidit *ad l. 2. n. 2. ff. qui fatud. cogantur.* tutorem non satis esse idoneum, qui non tantum in bonis habeat, quantum pupillus. Illud extra controversiam est, posse tutorem sumtus, quoscunque fecit pro pupillo, vel in administratione tutelæ, adeoque etiam vel in inventarij confectionem repetere: cùm nemini debeat officium suum esse damnosum.

19 XVI. † Quæritur, an etiam executio locum habeat adversus tutorem vel curatorem pro debito pupilli vel minoris? Hanc quæstionem reperi tractatam à Joh. Parladorio *lib. 2. rerum quotidian. C fin parte 4. §. 3 n. 1. & seq.* ubi respondet per textus & auctoritates Dd. negativè: nisi duobus exceptis casibus 1. nisi bona pupilli teneat, nec tamen exhibeat, ut pignori capiantur, vel distrahantur: tunc enim posse eum in carcerem detrudi, quoad exhibeat. Addo ego posse etiam ipsi res auferri manu militari. 2. Exceptio est nisi pro pupillo tutor se obligaverit, non tutorio nomine, sed proprio sive principali: Nam hoc etiam casu locum habebit executio contra ipsum. Quæ omnia benè sunt notanda.

20 XVII. † Quæritur, quæ actiones dentur contra tutorem? De his dixi *ad l. contractus 23. ff. de R. I.* ubi de concursu plurium actionum non indiligenter tractabam. Videatur etiam Ferrariens. Practicus *in formâ libelli, quo agitur ad reddendas rationes tutelæ:* & Treutlerus *vol. 2. disp. 9. th. 5. 6. & 7.*

21 XVIII. † Etsi multa jure civili traduntur de actione subsidiaria, quam habet pupillus contra magistratus, *t. t. de magistrat. conven.* tamen notandum est, hanc actionem desuetudine abrogatam, non solùm in Galliâ, ut testatur Gothofredus *add. t.* sed etiam in Germaniâ, ut videre est apud Treutlerum *th. 7. sub I. E. d. Diss.*

22 XIX. & ult. † Commentatoribus, quos *supra in proœmio hujus partis 8.* dicebam, de tutelis scripsisse, addi poterunt isti, ad quos recurrendum maximè, si usus exigat: Petr. Gregorius Tholosanus *Syntagm. juris universi. lib. 12. per tot.* & de curatoribus idem *lib. 13. per tot.* Donellus noster *in comment. jur. civil.* Georg. Obrechtus.

Digitized by Google

Obrechtus *de patrocinio pupillorum.* Borgninus Cavalcanus Italus: Vincentius Mancinus, Anton. Piaghius, etiam Itali: His addatur & Weſenbecius *in Parat. ff* & Cujacius. Multa quoque de tutoribus habet civis meus Schradetus *in tr. Feud. part.* 10. *ſect.* 19. & Joh. Imbertus *in Enchiridio juris Gallic, in verbo: tutor.* & Paulus Montanus.

FINIS PARTIS OCTAVÆ.

PARS NONA

EXPOSITIONIS METHODICÆ NOVELLARUM,

Quæ continentur illæ, quæ agunt de judiciis, deq; rebus in judicio tractari ſolitis.

PROOEMIOLUM AD COMMENDATIONEM JUDICIORUM.

SUMMARIA.

1. *Neceſſitas & utilitas judiciorum.*
2. *Judiciorum dignitas.*
3. *Judicia nihil in rebus humanis deſinimus.*
4. *Proceſſus judiciarius à Deo erga primos noſtros parentes obſervatus.*
5. *Diviſio judiciorum & propoſitio dicendorum*

DArùm † eſt noſſe jus, quod cuique competat, niſi quis etiam ſciat 1
viam ac rationem ejus perſequendi atque obtinendi: ea verò judiciis continetur. Non enim quisquam ſibi ipſi jus reddere, aut vi manuque & privatâ auctoritate quod ſuum eſt, vel ſibi debetur, invadere & arripere, ſed vigore uti debet judiciorum, jurisque publici tutelâ, quæ non fruſtrà in medio ſunt conſtituta. *tot. tit. C. ne quis in ſua cauſ. judicet, vel jus ſibi dicat. l. 14. nullus. C. de Iudæis & cœli col. l. non eſt ſingulis. 176. ff. de R. I. fac. tit. C. quan lic. unic. c. ſine jud. ſe vindic.* Ex quo ſatis poteſt intelligi utilitas pariter & neceſſitas judiciorum. Dignitas † verò, & auctoritas, ac majeſtas eorundem non aliun- 2
dè magis cernitur; quàm ex eo; † quòd ex omnibus rebus humanis nihil eſt, 3
quod divinitatem magis repræſentet. Nam ſicut Deus indè usque ab orbe condito, ipſemet judicia exercuit: quod notiſſimum eſt ex hiſtoriâ lapſus tàm Angelorum quorundam, de quibus mentionem facit Petrus *Epiſt. 2. cap. 3* & Judas Apoſt. *in ſuâ epiſtolâ:* quàm primorum parentum, *initio Geneſeos:* quemadmodum etiam idem Deus omnibus mundi ætatibus judicia ſua exercuit, & adhuc exercet in genere humano, puniendis hominum peccatis atque ſceleribus: ut præclarè docent Salvianus Maſſilienſis *in l bb. graviſſimis de gubernatione Dei,* & Paul. Oroſius *in libb. Hiſtoriarum ſuarum.* Ipſa quoque quotidiana experientia atteſtatur, exhibens exempla providentiæ, gubernationis, & judiciorum divinorum, tàm in ſingulis hominibus, quàm in totis urbibus, regnis, & provin-

ciis. Denique ſicut univerſali judicio Deus per filium, cui omne judicium tradidit, ut eſt *in Evang. Ioh. c. 5. & 6.* finem imponet huic mundo; & initium faciet novi, in quo inhabitet juſtitia: ut ait Petrus *d. c. 3. verſ. 13.* Sic idem etiam homines ſocios ac participes judiciarii hujus muneris facere voluit: & ordinem judiciorum in genere humano inſtituit, conſervat, ac tuetur; quod ex plurimis ſacrarum literarum locis diſcimus, ubi præcepta quoque tàm judicibus, quàm
4 litigatoribus obſervanda tradidit. Neque hoc tantùm, † ſed etiam exemplo ſuo illuſtriſſimo ordinem in judiciis obſervandum ſancivit, *Geneſ. 3.* dum ſcilicet primos parentes propriâ voce in jus vocavit: *Adam ubi es?* Quæ eſt, ut vocant, citatio. Secundò facta comparitione Rei ſequitur accuſatio: item probatio criminis. Huic proxima eſt reſponſio rei: quæ litis conteſtationem continet affirmativam; annexâ tamen exceptione quadam, qua transferre conatur crimen in alium, quamvis fruſtrà. Confeſſio propriî oris fortiſſima eſt probatio; profecta etiam à conſcientiâ, quæ mille teſtium inſtar habet: ab hac enim profecta fuit fuga & occultatio ſui. Cauſæ cognitionem ac diſceptationem tandem excipit ſententia condemnatoria ſive pœnalis. Atque hæc ſtatim paratam habuit executionem, videlicet expulſionem ex paradiſo, miniſtrantibus Angelis, tanquam apparitoribus ſive executoribus judicii divini, & deturbationem ex beatiſſimo vitæ ſtatu in omne genus miſeriarum & calamitatum, quibus cum primi parentes & ipſi conflictabantur, quamdiu in vivis erant, & hæreditatem infeliciſſimam ad poſteritatem omnem transmiſerunt. Quem procedendi modum pulcrè deduxit ex hiſtoriâ ſacrâ Petrus Termineus *in proemio ſui proceſſus juris.* Nec plura nunc ad commendationem hujus argumenti addam: de quo plura aliquando dixi in duabus orationibus meis, quas *de judiciis* in hac Academiâ ante annos 7. vel 8 habui, & quæ extant Francof. editæ.

Omiſſis igitur in præſentiâ panegyricis laudationibus judiciorum, ad ea deinceps me accingam explicanda, quæ de judiciis Imp. noſter *in Novellis* affert.
5 Cùm autem † judiciorum alia ſint prima, alia ſecunda: quorum iſta appellationes, itemque provocationes dicuntur: hanc partem nonam priori generi judiciorum tribuemus: in Decimâ verò ſeparatim de appellationibus agemus: idque ideo ne una pars nimis prolixa evadat, ſi utraque ſpecies in eam conjungatur.

CAP. I.

Continens Catalogum celebriorum ſcriptorum, qui de ordine judiciorum ſive proceſſu judiciario, quem vocant, aliquid ſunt commentati.

SUMMARIA.

1 *Ratio inſtituti.*
2 *Catalogus eorum qui de proceſſu iudiciario ſcripſerunt, & infra num. 8.*
3 *Ordinatio Cameræ Imperialis, & in eam commentatores*
4 *Commendatio huius generis librorum.*
5 *Ordinationes aliorum iudiciorum.*
6 *Commentatores ad lib. 2. decretalium.*
7 *Duareni, Donelli & Giſanij quadam.*
8 *Emerici à Rosbach, & Hermanni Vultei in proceſſus iuris.*
9 *Autores qui de officio iudicis ſcripſerunt.*

Ut ſu-

Digitized by Google

VT supra *parte 7. c. 2.* enumerationem quandam instituimus auctorum, qui de successione ab intestato scripserunt: ita nunc recensebo plerosque scriptores ordinis judiciarii: & infra suo loco eos, qui de criminibus & publicis judiciis tractatus aliquos reliquerunt, nominabo. Hæc † omnia idcirco, ut, quoniam in hoc Novellarum tractatu ob angustias 1
temporis, & habitâ ratione Auditorii, omnia quæ fortasse ad rem facerent & dicenda forent persequi nobis non licet, saltem hoc sciatur, ad quos potissimùm in unoquoque juris articulo recurri debeat: & à quibus plenior explicatio peti possit, si quando usus poposcerit.

Catalogus † igitur scriptorum ordinis judiciarii, qui mihi quidem adhuc 2
comperti esse potuerunt, hic esto. I. Familiam hunc ducat Gulielmus Durandus, qui vulgò vix aliter in foro allegari solet, quàm *Speculator*, & à quibusdam *Parens pragmaticorum* appellatur. In hunc alii notas atque additiones conscripserunt, ut Joh. Andreæ, Baldus, & alii. II. Sequatur hunc Jacobus de Belviso, cujus tractatus de judiciis extat *tom. 7. in tractatu tractatuum.* III. Excipiat hos Joh. Petrus de Ferrariis, qui vulgò *Practicus Papiensis*, item *Ferrariensis* appellatur. Hic excellit in arte libellandi, ut vocant, sive libellos in unaquâque actione, vel etiam exceptione, ritè & aptè concipiendi: in quo bona pars judicii, quo ad actoris quidem personam, consistit. Nam de plerisque juris articulis exempla ponit libellorum seu formulas easque deinde commentariis diligentissimis & laboriosissimis illustrat. Hujus exemplum & alii deinde secuti sunt, etiam patrum & nostrâ memoriâ, ut Joh. Oldendorpius & Joh. Schneidewinus: ut nunc alios amittam. IV. Extat Bartoli tractatus decimus nonus, sed valdè brevis, de ritu judiciorum, ad quem videantur etiam additiones. V. Baldus Perusinus practicam judiciariam reliquit. VI. Lanfrancus de Otiano. VII. Robertus Maranta de ordine judiciorum insigne confecit opus, quod inscripsit *speculum aureum*. VIII. Massuerius Praxin judiciorũ fecit. IX. Joh. Ferrarius Montanus primus quondam professor Academiæ Marpurgensis enchiridion scripsit eruditum, de præexercitamentis judiciorum. X. Joh. Oldendorpius, qui & ipse Marpurgi Jura inter primos docuit. XI. Fridericus Schenck Lib. Baro in Tauttenberg similiter progymnasmata fori scripsit. XII. Henningus Göden, primus Professor Juris in Acad. Wittebergensi, & præpositus Ecclesiæ ibidẽ, scripsit Practicâ judiciariâ tripartitam. XIII. Guilielmus Hannetonius consiliarius senatus Tornacensis, tractatum fecit tripartitum de ordine & formâ judiciorum. XIV. Jodocus Damhouderius JC. Brugensis, non solùm rerum criminalium, sed etiam civiliũ praxin edidit. XV. Chilianus Goldtstein. XVI. Chilianus Kônig. XVII. Georgius Von Rottschütz, Cancellarius quondam Freiburgensis utilem inprimis operam navavit Saxonibus, edito processu, Anno 29. XVIII. Petrus Terminæus processum Juris scripti & consuetudinarii per Germaniam Latinè & Germanicè confecit. XIX. Andreas Perneder, Secretarius Ducum Bavariæ scripsit processum Germanicum. XX. Abrahamus Saur. XXI. Jacobus Ayrerus Noribergensis, mirabili titulo, processus Sathanici, usus est in libro suo de ordine judiciorum.

Digitized by Google

XXII. Jacobus Omphalius *lib. 5. & 6. de usurpatione legum* totum ferè complexus est ordinem judiciarium. XXIII. Joh Imbertus Rupellanus, & causarum Patronus Fontenaiensis scripsit non solùm libros Inst forensium, sed etiam Enchiridion Juris scripti, Galliæ moribus & consuetudine frequent ore usitati. XXIV. De ordine judiciorum scripsit jam olim Bœtus, quem brevi renovatum iri spero, operâ amici cujusdam. XXV. Joh. Asinius. XXVI. Joh. Harprechtus Professor Tubingensis aliquot disputationibus processum judiciarium illustravit.

3 His † accedat ordinatio Cameræ Imperialis cum suis commentatoribus, ut sunt inprimis Nicol. Cisnerus, & Noë Meurerus, item Joach. Mynsingerus & And Gailius *in observat. Pract.* item P. Friderus Mindanus, & Christophorus Schwaneman, & Guilielmus Rodingius, & Nic. Wineus, qui processum Cameræ Imperialis ante paucos annos edidit. Accedant quoque his Bernhardus Wurmbserus, & Hartmannus Hartmanni. Plurimas quoque res judicatas, sive sententias Cameræ imperialis in volumina retulerunt Raphaël Seilerus & Christianus Barth, qui non ita pridem in comitiis imperialibus decessit. Omitto aliquot scriptores & observatores rerum Cameralium, quorum syntagmata ante paucos annos certatim sunt edita. 4 Ex his † omnibus cognoscere licet, non solùm quomodo in Camera Imperiali processus rectè instituere oporteat sive, ut loquuntur, quo pacto per supplicationes extrahi debeãt processus: sed etiam, quæ ratio sit & quis modus referendi & consultandi, sive, ut ajunt, votandi usitata inter assessores: ut vix quicquam amplius desiderari addive posse videatur. 5 Huc † aggregari possunt etiam aliorum judiciorum inferiorum ordinationes tàm electorum imperii, quàm aliorum principum, quàm etiam civitatum quarundam, ex quibus jam commemorare libet istas: 1. Die Churfürstliche Pfältzische Hoffgerichtsordnung. 2. Die Churfürstliche Sächsische Hoffgerichtsordnung. 3. Die Churfürstliche Braunschweigische Hoffgerichtsordnung/ cujus auctor fuit, me puero, Dn Mynsingerus, olim Assessor Cameræ, & tunc temporis Cancellarius Ducis Brunswicensis & Lüneburgensis Julij, qui eam maximâ ex parte conformavit ad formam judicij Cameræ Imperialis, cujus erat callentissimus. 4. Die Coburgische Sächsische Hoffgerichtsordnung/ cujus director fuit CL. Vir Petrus Wesenbecius, collega quondam noster honoratissimus ac desideratissimus, cui plurimum hoc collegium debet, vel ipsâ fatente invidiâ. 5. Die Würtembergische Hoffgerichtsordnung. 6. Die Mägdelburgische Hoffgerichtsordnung. 7. Die Pommerische Hoffgerichtsordnung. 8. Die Nürnbergisch reformation *parte 1. per tot.*

6 Denique † huc quoque pertinent, qui scripserunt commentarios ad lib. 2. Decretal. quem appellare soleo, fundum ordinis judiciarij, ut est inprimis ex veteribus Panormitanus, item Felinus; ex recentioribus Martinus Uranius, cognomento Brenninger, proavorum nostrorum memoriâ professor celeberrimus Academiæ Tübingensis, quem & Italus Philosophus præstantissimus Marsilius Ficinus fecit maximi: hujus Vranii commentarios in aliquot titt lib. 2. decretal. nuper edidit ipsius pronepos Fridericus Brenninger. Est etiam utilissimus

lissimus labor, quem Jacob. Cujacius præstitit in suis Recitationibus Decretalium, quæ post mortem inter opera ipsius postrema prodierunt. Omitto † hic 7
Fr. Duareni commentarium in tit. de judiciis, quem bonâ ex parte Nic. Cisnerus suum fecit. Omitto quoque Duareni auditorem & collegam, & nostrum olim Doctorem, Hugonem Donellum *in comm. l. civ. lib. 17 cum 5. seqq.* Alter quoque Doctor noster, Giphanius, Consiliarius Cæs. Majestatis, dum Ingolstadii erat, commentarium publicè tradidit de judiciorum ordine, & de appellationibus. Omisi † supra Joh. Emericum à Roßbach: cujus extat elegans & me- 8
thodica tractatio ordinis judiciarii, ubi in ordinem redegit plurimas observationes Cameræ Imperialis, quæ apud Mynsingerum & Gailium, & alios sparsim extant: formulas quoque receptas convenientibus locis inseruit. Expectamus etiam exquisitum tractatum de ordine judiciorum sive processum juris, à CL. V. Hermanno Vulteio, amico nostro magno.

Postremò † his omnibus etiam adjungo, qui scripserunt aliquid de officio 9
judicis, ut Claudius Cantiuncula, & extat ejusdem argumenti oratio M. Antonii Mureti *in vol. 1. orat.*

Atque hæc de nobilioribus scriptoribus, qui aliquid super hoc argumento nobilissimo vel jam olim, vel recens scripserunt: cui Catalogo seu Nomenclaturæ facilè plures addi poterunt, si qui à me prætermissi auditoribus occurrent.

CAP. II.

Summa & ordo eorum, quæ de Judiciis, rebusq; eò pertinentibus in hac nonâ parte, ex Novellis hinc inde collecta, tractabuntur.

SUMMARIA.

1 *Causa præcipua difficultatis hujus operis.*
2 *Distributio totius hujus tractationis de judiciis in 27. capita.*

SI quicquam † est, quod difficilem facit mihi hanc Novellarum ex 1
positionem: illud est, quòd omnia tàm variè dispersa sunt, quæ ad juris articulum pertinent: ut opus & labor sit videre, ad quodnam caput & locum communem quodque sit aggregandum: Quæ difficultas nonnihil minueretur, si quem haberemus ducem & auctorem, cujus eâdem viâ ingressi vestigia premeremus: quo nunc quidem omninò destituimur. Sed pertendendum est bonâ spe, si non laudem, saltem veniam hoc opere promerituris.

De judiciis † autem hæc ferè sunt, quæ partim in Novellis afferuntur, par- 2
tim aliunde repeti debent, quæque sub hac parte explicanda erunt, ordine, ut equidem arbitror, non inconveniente. 1. generalia quædam de judiciis, ut sunt de significatis ac notionibus variis judicii: deque eius definitione & divi-

sionibus sive speciebus. 2. de personis, ex quibus ferè judicium constat, vel quæ interveniunt judicio sive semper & necessariò, sive plerunque & contingenter, ita ut etiam abesse nonnunquam possint. 3. Judex quodnam habeat Etymon, & quæ alia nomina: quomodo item differat à lege, à magistratu, ab arbitro. 4. de judicis personâ & officio, deque recusatione suspecti. 5. de relationibus judicum, vel permissis, vel prohibitis: item de referendariis. 6. de Assessoribus & de advocatis. 7. de procuratoribus. 8. de foro competente, cùm sacrarum seu ecclesiasticarum, tùm secularium personarum sive laicorum. 9. de in jus vocando, seu citatione. 10. de libelli oblatione. 11. de satisdatione seu cautione Actoris. 12. de dilatione Rei. 13. de contumaciâ, eiusque pœnâ: ubi & de missione in possessionem bonorum. 14. de litis contestatione. 15. de reconventione. 16. de litigiosis. 17. de jurejurando propter calumniam dando. 18. de aliis speciebus juris jurandi. 19. de probationibus in genere. 20. de probatione per testes: ubi etiam de examine testium ad perpetuam rei memoriam. 21. de probatione per instrumenta, sive de fide instrumentorum. 22. de tabellionibus, seu tabulariis, qui vulgò Notarii. 23. De eo, qui proprium chirographum abnegat, sive inficiatur. 24. de sententia seu re judicata. 25 de executione rei judicatæ, & de sportulis. 26. de fructibus & litium expensis. 27. de Apostolis seu literis dimissoriis, quibus quasi præparatio quædam ad partem sequentem de Appellationibus continebitur.

Atque his veluti cancellis & limitibus fere includi potest quidquid hic, de Judiciis, habetur: Quæ deinceps eodem ferè, quo proposui, ordine explicare studebo.

CAP. III.

Generalia quædam de judiciis: & inprimis quàm variæ sint hujus verbi notiones: quid sit judicium, & quotuplex.

SUMMARIA.

1. *Vocab.* IUDICIUM, & IUDICARE, &c. *significationes viginti tres.*
2. *Quindecim eiusdem vocabuli significationes, secundùm Accursium, tribus versibus comprehensæ.*
3. *Definitiones iudicii earumque explicatio.*
4. *Divisiones iudiciorum variæ.*
5. *Iudicium aliud paganicum aliud militare.*
6. *Iudicium aliud publicum, aliud privatum: ubi & de centumviralı, & recuperatorio.*
7. *Iudicium aliud Ecclesiasticum, aliud civile.*
8. *Iudicium aliud primum, aliud secundum sive appellationis.*
9. *Iudicium aliud maius, aliud minus.*
10. *Iudicium aliud ordinarium, aliud arbitrarium seu compromissarium.*
11. *Iudicium aliud ordinarium, aliud extraordinarium.*
12. *Præcipuæ partes actorum iudicialium, ex c. quoniam 11. extra. de probat.*
13. *L. actis 47. §. 1. ff. de negot. gest. à Triboniano interpolata.*
14. *Phrasis Iurisconsultorum: Ad forum remittere, vel, Ad ius ordinarium remittere.*
15. *Iudicium aliud iuris, aliud armorum.*
16. *Iudicium aliud plenarium sive ordinarium, aliud summarium.*
17. *Enumeratio causarum summariarum.*
18. *An causæ extraordinariæ & summariæ, sint eædem, an verò distinctæ?*
19. *Extraordinariarum causarum in Camerâ Imperiali, enumeratio.*
20. *Singularia iudiciorum summariorum.*
21. *Naturalia iudiciorum.*

22. *Civilia*

Digitized by Google

22 *Civilia judiciorum.*
23 *An consensu partium possit renunciari istis singularibus: & efficiat, ut ex summariâ causâ fiat ordinaria?*
24 *An efficere possint partes ut in causâ ordinariâ summariè procedatur.*
25 *Quanam in judiciis partes sibi invicem remittere possint?*
26 *De judiciorum affinibus & cognatis.*
27 *De causâ.*
28 *De lite.*
29 *De negotio.*
30 *De controversiâ.*
31 *De quæstione.*
32 *De cognitione præteriâ, remissivè.*
33 *Quo jure introducta sint judicia? & an Christiano homini licitum sit judiciis uti? remissivè.*

SIgnificata † verbi JUDICII ferè viginti tria observavi, quæ partim ex jure nostro, partim ex sacris literis, partim ex bonis auctoribus collecta proponam. 1

I. Igitur Judicium apud Physicos, & qui de animâ scripserunt, est illa facultas seu pars, quæ res intellectui propositas discernit atque dijudicat. II. aliter accipitur judicium à Stoicis, in illâ partitione decantatissimâ, quâ dialecticen tribuunt in inventionem & judicium: ut sæpè apud Cicer. & alios. III. Aliter etiam usurpatur in sacris literis, ubi creberrimè occurrit formula: *facere judicium & justitiam*, id est æquitatem colere, justitiam exercere, & suum cuique tribuere; vel etiam vindicare ac defendere probos ab improbis: & tàm de Deo, quàm de hominibus, & de his sive sint in magistratu, sive privati: vid. hac de re Rob. Stephanum *in utilissimo opere de Phrasibus Hebraicis*. Contrarium est autem *auferre judicium alicujus*, id est, non agere cum eo pro justitiâ ejus, sive pro eo ac merebatur, ut cum S Jobus *c. 27. & 34.* conqueritur per impatientiam de Deo, quasi citra culpam ab eo affligatur: *Deus*, inquit, *abstulit judicium meum.* IV. Aliâ notione *judicium* & *judicari* significat etiam in sacris literis, perniciem, pœnam & damnationem, verbi gratia cum ait Paulus *1. ad Corinth. 11. qui manducat & bibit indignè, judicium sibi manducat & bibit*: hoc est, in suam perniciem convertit rem salutarem Sic passim in Evangelio Johannis, maximeque *cap. 3 & 5.* item *Matth. 25. vers. ult.* Sic sæpè & in Psalmis & in Prophetis; *Judicia Dei* appellantur pro ultione & vindictâ, quam Deus ab hostibus exposcit. V. Judicium sæpè significat idem, quod *proæresis*, vulgò vocant *discretionem*: ut cum Imp. ait de impubertibus, nullum eorum animi judicium esse *§. præterea. I. quibus non est permis. fac. test.* & Paulus: *quicquid calore iracundiæ vel sit, vel dicitur, non priùs ratum est, quàm si perseverantiâ apparuit, judicium animi fuisse*; id est, consultò dictum vel factum fuisse, deliberato animo sive ex proposito *l. quicquid. 48 ff. de R. I.* Sic idem Paul. *in l. 12. cum prætor. § non autem omnes. ff. de judic.* cum ait, *quosdam naturâ impedire ne sint judices; ut surdus, mutus, perpetuò furiosus, impubes, quia judicio careant*: id est, quia intelligere ac decernere non possint quicquam *l. 5. in negotiis. ff. de R. I. junctâ. l. 9. pupillus. ff. de acquir. hered. & l. ult. C. de fals. mon.* VI. Judicium, sicut & arbitrium & elogium, sæpè in jure, & apud alios auctores, reperitur pro ultimâ voluntate seu testamento, & maximè quando additur, *supremum*, item *extremum judicium*, verbi gratia cùm ait Paulus: *publicè expedit, suprema hominum judicia exitum habere. l. 5. ff. testam.*

ff. testam. quemad aper. Item cum ait Imp. Constantinus: *non sint cassa judicia eius.* item: *locum sit, quod iterum non redit, arbitrium*, id est, ultima voluntas. *l. 1. C de SS. Eccl.* Hinc & *judicare* aliquando reperitur pro testamento disponere, vel legare, maximè apud scriptores posteriores. Sic *judicare pro animâ*, est legare ad pias causas. *§. donare lib. 2. feud tit. 9.* item *tit. 55. in pr.* Sic in *c. pen. ext. de sepultura. l. b. 6. quamvis filiusfam. absque patris assensu sibi possit liberè eligere sepulturam; pro animâ tamen suâ, præter ipsius assensum, nisi peculium castrense vel qs: Castrense habeat, judicare non potest*, id est, aliquid legare. Sic Rex Longobardorum Luitprandus *in legibus Longobardicis: si quilibet Longobardus ægrotaverit, potestatem habeat pro animâ suâ judicandi vel dispensandi de rebus suis.* VII. Judicium sæpè alicujus opinionem privatam, sive quod alicui videtur, significat: ut *meo judicio*: item, *si quid mei est judicii.* Sic dicimus testem nihil probare, qui de judicio suo, sive de suâ credulitate & opinione deponit. Angel. *in l. sciendum colum. 2. de V O. & Alex. cons. 74. vol. 1.* VIII. Judicium aliquando est causa & lis: ut cum ait textus *Numer. 27. appropinquare fecit Moyses judicium earum*, id est, causam earum in judicium deduxit vel admisit. IX. Significat jus & justitiam, & leges, sive quod æquum ac justum est: ut cum ait Deus *apud Ezech. c. 44. in lite stabunt ad judicandum: juxta judicia mea judicabunt eam*: id est, secundum meas leges & statuta sive jura. Sic cum *apud Nicheam c. 3.* objurgat magistratus & judices populi Israëlitici: *capita Jacob*, inquit, *nonne vestrum erat scire judicium*; id est, jura & leges. X. Significat conditionem & fortunam hominis, ut *proverb. 29. multi quærunt faciem divitis, item dominantis: & à Iehovâ judicium uniuscuique*, id est, Deus unicuique suam assignat conditionem & sortem. XI. Pro auctoritate interdùm sumitur, ut cum ait Pontifex *in c. 2 decernimus. Extra de judiciis: prælati Ecclesiarum de negotiis Ecclesiasticis, maximè spiritualibus, Laicorum judicio non disponant.* Et Leo Magnus *Epist. 90. al. às 92. nulla*, inquit, *ratio sinit, ut inter episcopos habeantur, qui nec à clericis sunt electi, nec à plebibus expetiti, nec à provincialibus Episcopis, cum Metropolitani judicio, (id est, autoritate) consecrati.* XII. Interdum arbitrium pro judicio, & contra judicium pro arbitrio ponitur: ut *in l. 9 arbitro. ff. qui satisd. cog.* XIII. Aliquando judicium significat: idem quod arbitrium boni viri: ut *in c. 24 extr. de jure patronat. & ibi Abbas. Bart. in cap. ad reprimendam in verb. videbitur, in Extravag.* XIV. Est etiam, cùm judicium per metonymiam quandam usurpatur pro actione: ut cum dicitur, *judicium pro socio*, id est, actio pro socio: *judicium communi dividundo, & cætera duplicia judicia*: ut *l. 1. & l. 2. cum plurimis seqq. ff. commun. divid. l. 1. §. cum quoque. ff. de edendo.* Sic cùm dicimus, *dictare alicui judicium*, pro actionem intendere. *l. non distinguemus 32 ff. de recept. arbitr. l. 112. ff. de V. O. l 3. ff. de minor. l. 3. C de comm. rerum alien. & alibi passim.* XV. Judicium sumitur pro controversiâ: ut cum dicimus, *judicium super hereditate pendere. l. 1. § 2 ff. ad SC. Trebell.* XVI. Aliquando & juris dictionem significat judicium: ut cum Ulpianus ait, in *l. 2. §. ult. ff de judic. multæ dicendæ jus datur his, quibus publicè, (vel ut alii legunt, publicum) judicium est: & non aliis; nisi hoc specialiter eis permissum est.* XVII. Interdum significat forum, id est, locum judicii: ut *c. 10. forum extr. de V. S.* Cujac. *in recit. decretal. ad*

rubr. t.

rubr. t. de foro competente. Sic dicitur, *causam Iuris patronatus definiendam esse iudicio Ecclesiastico*, id est, in foro Ecclesiastico, sive apud Episcopum. *c. 3. extr. de iudic.* XVIII. Usurpatur quoque pro potestate judicandi: sic dicitur, *iudicium solvi*, id est, potestas judicandi; vetante eo, qui judicare jusserat: vel eo, qui majus imperium in eâdem jurisdictione habet; vel si judex idem imperium adeptus sit, quod habebat, qui judicare jussit. *l. 58. iudicium. ff. de iudic.* XIX. Significat instantiam causæ, quam vulgò vocant. *l. 13. properandum. C. de iudic. & ibi communiter Dd.* XX. Est disceptatio juris, sive discussio ipsa causarum, inde usque à litis contestatione, usque ad judicatum, quod est finis. Cujac. *in parat. ff. & ad rubr. extr. de iudic.* sive actus ille inter tres personas, actorem, reum & judicem. *d. cap. forus extr. de V. S. Rob. Marant. de ord. iudic. parte 1.* XXI. Significat ordinem judiciarium: ut cum S. Augustinus ait *homilia 50. de utilitate pœnitentiæ c. 12. non temerè aut quomodo libet, sed per iudicium auferendos esse malos ab Ecclesiæ communione, ut si per iudicium auferri non possunt, tolerentur potiùs, &c. can. 18. multi. c. 2. q. 1.* Et Gregorius Magnus *lib. 8 Regist. Ep. 50 sine iudicio nolumus quem quã condemnari.* XXII. Judicium etiam usurpatur pro quæstione, ut cum ait Cõstantinus *in l. fin. C. de ordin. iudic. oportet civilem causam velut ex integro in iudicium deductam distingui*, scilicet à criminali, priùs in iudicium deducta. *In iudicium*, id est, in quæstionem. XXIII. & ult. Judicium, item res judicata, significat sententiam, in qua consistit finis iudicii, ad quem omnia tendunt, & sententia includitur in iudicio, tanquam ultima & princeps eius pars. videatur Rob. Maranta *parte 1. n. 5. de ord. iudic.* Et hæc de variis significatis verbi iudicii: quæ alii plura, alii pauciora ponunt. Accursius † quidem *in §. præterea. I. quibus non est. perm. fac. test.* paucos ponit versus, quibus memoriæ causa inclusit quindecim iudicii notiones: 2.

Actio, lis, auctor, forus, arbiter, ultima velle,
Quæstio, discret', sent', instant, discussio, posse,
Pernicies, pœna, processus iudicialis.

Quod † attinet ad definitionem, possumus retinere eam, quæ sumitur ex *d.* 3.
c. forus. quod sit *legitima causæ sive controversiæ apud iudicem tractatio, disceptatio & diiudicatio.* Cum qua in effectu ferè congruit illa definitio Abbatis Panormitani *in Rubr. extr. de iudic.* quam refert & probat etiam Maranta *parte 2. n. 11. Iudicium est dissensio causæ, quæ coram iudice fit iuridicè.* Item hæc ipsius Marãtæ; quòd sit *institiæ administratio, quæ fit à iudice in causâ corã eo propositâ.* Nec procul hinc recedit Cujacii definitio *in parat. ff.* quòd iudicium sit *disceptatio, quæ fit ab eo, quem magistratus causæ disceptatorem partibus dedit.* Et idem Cujacius *ad Rubr. decret. de iudic. Iudicia* inquit, *sunt litium, quæ inter aliquos versantur, disceptationes forenses & iudiciales, quorum initium est litis contestatio, finis iudicatum.* Ex his omnibus facilè est agnoscere & genus, & differentiam, ex quibus duobus constare debet omnis recta definitio: Nam generis loco ponuntur illa, *Discussio causæ.* sive *disceptatio*, sive *ministratio iustitiæ*, item *diiudicatio.* Sive autem addas *legitima*, sive omittas; item *iuridicè factâ*; tamen subintelligitur. Non enim temerè & confusè, ut fors tulit, sed ordine certo à legibus & iure præscripto in

illà disceptatione, sive diiudicatione procedendum & versandum est. Sed quæ etiam extra iudicium & ab aliis, qui non sunt iudices, causæ disceptari & diiudicari possunt, verbi gratia ab arbitris, à magistratibus (nam & hi æquè aciudices sunt iuris disceptatores, ut ex Cicer. de legibus eleganter demonstrat Cujacius *in paratit. Cod.*) quia item privatus quilibet alteri iustitiam ministrare, suũ ipsi tribuendo potest: idcircò pro differentiâ adduntur cætera verba, nempe *apud iudicem*, vel, *coram iudice*, *à iudice*: item *ab eo, quem magistratus partibus dedit*; denique *in causâ coràm eo propositâ*. Hæ particulæ non conveniunt illi disceptationi, quæ fit coram arbitris, vel coram magistratu, &c. Ideoque per hæc separatur iudicium ab arbitrio: item à cognitione magistratus, quæ est propria differentiæ virtus. Simul etiam illud genus, *ministratio iustitiæ*, quo utitur Maranta, indicat ultimum finem iudicii: Nam quicquid iudex facit, hoc totum eò tendit, (certè eò tendere debet.) ut veniat ad finem, videlicet sententiam, sive rem iudicatam, & sententia lata dicitur plenè alicui administrata iustitia: Nam executio sequens sententiam, tantùm est effectus sententiæ. Atque huius ministrationis iustitiæ, & huius finis officiique sui iudex admonetur per clausulam solennem, quæ libello & aliis actorum iudicialium partibus, ferè subiici solet: *petens sibi ius & iustitiam ministrari*. Huc pertinet, quod ait Cicero *in Top. ius esse finem iudicii*. & quod Cassiodorus *lib. 11. variar.* ait, *Iudicium quasi Iuridicium appellatum esse*. Non immorabor hic diutiùs vel in definitione superiore explicanda, vel in aliis aliorum referendis, aut etiam refellendis. Videri potest Maranta *part 2. de ord. iud.* ubi tres quoque alias recitat ac refutat, & suam benè confirmat & interpretatur. Sed illud satis est ἀφιλόσοφον, minimèq; iuridicum, quod *ibid. num. 15. & multis seqq.* ait, in iudicio considerari septem causas, videlicet materialem, efficientem, formalem, substantialem, naturalem, accidentalem & finalem.

4 Accedamus † ad divisionem iudiciorum, quæ est multiplex. I. igitur hæc
5 sit à personis sumta, † qua iudicium aliud est paganicum, aliud militare. Nam ut testamenta, ut delicta & crimina, ut pœnæ ac præmia, alia sunt civilia seu paganica, alia militaria: *tot. titt. de mil. test. ff. & C. & tit. de re milit.* Sic & iudicia paganorum à iudiciis militum separantur, ac plurimùm differunt: quod & Juvenalis satis ostendit *satyr. ult.* ubi significat, multò breviori tempore expediri lites militum, quàm paganorum; qui sæpè rei familiaris magnam faciunt iacturam per moras iudiciorum, *dùm res atteritur longo sufflamine litis*, ut verbis
6 Juvenalis utar. II. † à materiâ, sive rebus & causis in iudicium deductis, sumtâ divisione, Judicium aliud est publicum, aliud privatum: ut explicatur *ad tit. Inst. de public. iudic.* Sic & ipsum ius aliud est publicum, aliud privatum *§. huius studii Inst. de Ius. & Iur. & l. 1 ff eod.* Sed de publicis iudiciis nos infra propriâ parte dicemus: Sicut etiam de re militari propriam ac distinctam constituemus classem. Addunt aliqui & tertiam speciem, iudicium videlicet centumvirale: & sanè causarum centumviralium, tanquam graviorum, etiam Plinius meminit *passim in Epist.* post Ciceronem *in 1. de orat. & alibi*; item Quintilianus *lib. 4. c. 1. lib. 5. c. 2. & lib. 11. c. 1.* necnon Valerius Maximus, *ubi de testamentis rescissis.* Nam

apud

Digitized by Google

apud centumviros causæ graviores disceptari solebant, ut de tutelis, de usucapionibus, de hæreditatibus, de inofficioso testamento, de rupto & irrito facto, de jure agnationum, &c. Hæc etiam *hasta iudicia* vocabantur: nempe quia in foro hasta centumviralis poni vel defigi solebat, ut esset signum huius iudicii. Quâ de re etiam Jac. Rævardus videatur *in lib. sing. protribunalium, cap. penult.* Sic apud Suetonium *lib. 2. in vitâ Augusti. c. 36.* hasta centumviralis nominatur, & passim apud alios. Verius tamen est; quamvis fuerit de rebus gravioribus, non separatam ac tertiam quandam constituere speciem, sed pertinere ad iudicia privata. Dicebatur autem iudicium privatum etiam *recuperatorium*, nempè à recuperatoribus, qui erant iudices causarum privatarum, sicut Quæsitores publicorum iudiciorum. Videatur Cicero *pro Cæcinnâ*, & ibi Hotomannus & Paul. Manutius: Item Budæus, *in annot. prior. ad ff.* Item Cujacius *ad l. 2. ff. de Or. Iur* III. † Judicium dividitur in Ecclesiasticum & civile, sive, ut vulgò loquimur, aliud est spirituale, aliud seculare: quæ divisio etiam à materiâ sumitur. Nam Ecclesiasticum iudicum est, in quo causæ disceptantur Ecclesiasticæ & sacræ: in quo agitur de rebus vel ad veritatem fidei Christianæ pertinentibus, vel ad ceremonias, ritusque sacrorum, vel denique ad personas Ecclesiasticas, ut episcopos, Clericos, Diaconos, &c. idque in hunc finem, ut omnia ritè atque ordine, & decenter in Ecclesia Christi fiant, ex præcepto Pauli Apostoli. I. *ad Corinth.* Hæc tamen iudicia synodi potiùs appellantur, quàm iudicia. *Nov.* 123. Ab Imperatoribus Christianis permissa est Episcopis *Audientia*, si vel à magistratibus dati essent judices, vel à partibus sumti, tanquam arbitri quidam. Atque huc pertinet *tit. C. de Episc. audien.* ubi videatur Cujacius *in parat.* qui negat Episcopos habere jurisdictionem, apparitionem, executionem. Non habent quidem ista ex iure nostro civili, fateor: sed nostris moribus, maximè in Germaniâ, habent: quia plerunque etiam principatus & ditiones habent seculares. 7 IV. † Judicium aliud est primum, aliud secundum, sive appellationis 8 *l. 5 cum à nobis. C. de dilation.* V. † Ratione personarum, aliud est iudicium 9 majus, aliud minus. *l. 2. C. de formul. & imp. act. subl. & l. pen. C. de procur.* & olim quidem Judicium maius, illud erat, quod à majore magistratu exercebatur, nempe à consule, aut prætore. Minus, quod à minore magistratu, verbi gratia ab ædile, vel quæstore: ut docet Ascon. Pædianus *in Divin. Ciceron.* Sed hodiè majus iudicium est, quod ab ipso magistratu exercetur, sive, ut vulgò vocant, ab ordinario. Minus, quod à iudice dato seu pedaneo, quem *delegatum* appellant, vel etiam *commissarium*, item *deputatum*. VI. † Judicium, auctore Justin. *in l.* 10 *pen. C. de recept. arb.* aliud est ordinarium, aliud arbitrarium sive compromissarium. Sed jam supra dixi, compromissum sive arbitrium differre à iudicio, quâvis dicatur ad similitudinem eius redigi. *l. 1. ff. de rec. arb.* VII. † Judicium 11 Innocentius Tertius partitur in ordinarium & extraordinarium in celeberrimo *cap. 11. quoniam contra. extr. de probat.* Constituit enim in concilio Lateranensi, cujus particula quædam est illud capitulum, ut judex tàm in ordinario, quàm in extraordinario iudicio semper adhibeat aut publicam personam, id est, notarium; aut duos viros idoneos, qui universa acta iudicii fideliter con-

112 scribant: cum periculosum sit, ut soli iudici credatur. Ex † hoc capite obiter etiam observentur præcipuæ partes actorum iudicialium, quæ nusquam alibi tàm diligenter recẽsentur, ut Cujacius quoque *ibid* admonet *in Recit. Decretal.* videlicet, citationes, dilationes, recusationes iudicum, exceptiones, petitiones, interrogationes, responsiones, cõfessiones, testium depositiones, productiones instrumentorum, interlocutiones iudicum, appellationes, renunciationes, denique conclusiones in causâ. Atque hæc divisio iudicii omnibus in ore est, tametsi à Jure Justinianeo nonnihil recedat. Hoc enim iure omnia iudicia dicuntur extraordinaria iudicia facta esse. *§ ult. I. de interd. & t. I. de succes.*
113 *sublat. & in l. 47. actio. § 1. ff. de negot. gest.* † quæ tamen lex interpolata est à Triboniano, in verbis: *quia in extraordinariis iudiciis, ubi cõceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est* Ea enim verba non congruunt temporibus Pauli, ex quo ea lex sumta est: quibus temporibus adhuc in usu erat formularum conceptio, quæ demùm sublata est à Constantino M. *in l. 1. C. de form. & impetr. action. subl.* Possunt tamen etiam hodiè, judicia ordinaria dici, ea, in quibus solennitates & ordo juris observantur: & contra extraordinaria, in quibus ea permittũtur. Sunt tamen qui ordinaria judicia dici velint, quæ coram ordinariis judicibus instituuntur vel agitantur, quos refutat CL. Giphanius. *in*
114 *comm. de divis. Iur. num. 119.* Hìc obiter † observetur phrasis Jurisconsultorum propria: *ad forum remittere*: pro quo etiam dicunt, *ad jus ordinarium remittere*: cui opponunt *extra ordinem cognoscere*, vel *audire*. Exemplum est nobile apud Ulpianum: *fures*, inquit, *ad forum remittendi sunt diurni, nocturnique extra ordinem audiendi, & causâ cognitâ puniendi.* Qui locus extat *tit. 7. comparationis legum Mosaicarum cum I. civili Romanorum.* Sic Paulus *in eodem libello tit. 11. Si ea pecora, de quibus quis litigaverat, abegerit, ad forum remittendus est.* Sic idem Paulus *in t. 12. eiusdem libelli: fortuita incendia ad forum remittenda sunt, ut damnum vicini sarciatur.* Pro quo Ulpianus dixit *in l. ult. ff. de privat. delict. si quis ex maleficio pecuniariter agere velit, ad jus ordinarium remittendus erit.* Atque hinc est, quod forenses actiones dicuntur civiles, sive pecuniariæ. *l. 1. ff. de incen. ruina, naufrag.* quibus opponuntur actiones crĩminales. *l. ult. ff. de furt. & d. l. ult. ff. de privat. del.*
115 *& §. in summa. I. de iniur. & alibi.* VIII. † Cicero judicium aliud facit juris, aliud armorum, *in Lucullo, & pro Cecinna*, quomodo etiam *lib. 1. de offic.* duo ait esse genera disceptationum. Sed de disceptatione armatâ hìc non agimus: cùm tractatio nostra potissimùm sit instituta de judicio & disceptatione illa, quæ fit
116 jure. IX. † Judicium ex *Novell. 82.* potest dividi ad hunc modum, ut aliud sit quod cognitionaliter fit: aliud quod brevi tantùm annotatione, sive ut Imp. vocat ἐν χειμαλιῳ ὑπομνήσεως. Vulgò dici solet, aliud judicium esse plenarium sive ordinarium, aliud summarium. Omnia autem judicia sunt plenaria, quæ non expressè excipiuntur, ut sint summaria.
117 Quæ † autem sint summaria, sive in quibus causis debeat procedi summariè operæpretium est recensere. Itaque eas causas hìc commemorabo, ubi illud præmisero, in omnibus ferè hujusmodi causis versari singulatem quendam favorem, vel etiam odium aliquod, cujus gratia celerior expeditio requiratur.

I. igitur

Digitized by Google

I. igitur ſummaria eſt omnis cauſa Eccleſiaſtica: nempe ſi agatur de electione, vel beneficio Eccleſiaſtico, quam vocant *prebendam*. Videatur Maranta *diſt.9. num.42.* II. Cauſæ poſſeſſionis. Maranta *d.num.42.* & Gail. *lib.1.obſer.c.7.* Bart. *in l.momentanea.C unde vi.* & Jas. *in l.naturaliter.§ nihil commune.numer.170.ff.de acquir.poſſ.* Tametſi contra diſputet Panormit. & Felin. *ad cap.conſultationibus. extr.de off.delegati.* III. Cauſæ mercatorum, ſive, ut Maranta loquitur, quæ ventilantur in curiâ mercatorum. *d.diſt.num.48.* & Bart. *ad l.ſi fideiuſſor. §. quedam.ff.mandat.* Videatur etiam Stracha *in tr.de Mercaturâ.* IV. Cauſa uſurarum, ſi agitetur in curia Eccleſiaſtica, ſive coram judice Eccleſiaſtico. *Marant. num.50.* V. Cauſa alimentorum. *Marant.num.52.* tametſi jure civili alimenta non tam judicio petuntur decerni, quam cognitione prætoriâ, vel etiam conſulari. *l.5 ff.de agnoſc.& al.lib.* Quid autem interſit inter cognitionem propriè dictam, & actionem ſive judicium, infra *ſub alio cap.* docebo. VI. Cauſa, quæ contra confeſſum agitur. Bart *in l.1.C.de conf.§.* & *Mar.num.53.* Sed in confitentem nullæ ſunt partes judicis, niſi in condemnando & pronunciando: quare nullum revera cũ confeſſo eſt judicium. VII. Cauſa contra religioſos. *Mar. num.54.* VIII. Monachatus, puta ſi monachus quis per Abbatem vindicetur. *Marant.num.55.* IX. Cauſa matrimonialis *gl.in Clementinâ, diſpendioſam, de judiciis. Panorm & alii ad cap. Alberici extr.de teſtibus.& Mar.n.56.* X. Cauſa reſtituendæ dotis. *Mar.num 57.* & Mynſing. *cent.3.obſerv.3.num 7* Jure tamen civili & matrimoniales controverſiæ & dotales, legitimo plenoque judicio diſceptantur. XI. Cauſa decimarum, quam & ſpiritualem vocant. *Mar.nu.58.* Hodiè tamen multis locis eſt receptum, ut cauſæ decimarum, non minùs quàm quarumlibet ſervitutum, tractentur in judiciis ſecularibus. XII. rei judicatæ *Mar.num 59.* & Gail. *lib.1 obſerv 113.num.10.* Ratio eſt, quia ſi plenaria inſtitueretur diſceptatio, tunc videretur lis naſci ex prioris litis materiâ: quod fieri non debet. De *proceſſibus* autem *executivis*, quos vocant, prolixum volumen ſcriptum eſt à Mathia Colero, profeſſore quondam Jenenſi: & multa ad executionem pertinentia explicat Joh. Parladorius *in lib. rerum quotid.* XIII. Cauſa, quæ agitur contra abſentem. Bart. & Dd. *ad l.1. C.quorum appellat.non recip. Mar.num.61.* XIV. Cauſa tertii intervenientis, cujus intereſſe dicitur; intervenientis, inquam, ad impediendam executionem rei judicatæ. *Mar.nu.14. d.diſt 9.* & Gail *lib.1.obſerv.69.num.4.& obſ.67.num.9.* Mynſing. *cent.2.obſ.1. Canoniſtæ ad cap.veniens.extr.de teſtib.* XV. Si agatur ad exhibendum, & quæratur, an interſit actoris. *Mar.num. 64.d.diſt.* XVI. Si agatur contra debitores tributorum. *Mar.num. 65.* ſed jure civili hæc pertinent *ad tit.de jure fiſci:* & ſolebant hæ cauſæ plenâ inquiſitione diligenter diſcuti, non ſummatim vel ab ipſo principe, vel à procuratore Cæſaris. XVII. Si agatur contra gabellarios, ſive, ut Latini appellant, publicanos, illicita vectigalia exigentes. *Mar.num. 66.* tametſi Jure civili ordinarium ſit judicium in tales publicanos: ut videre licet *in l.ff.de public.& veſtig.* XVIII. cum quis petit, ſe mitti in poſſeſſionem ex primo decreto. *Mar.num.67* Jure autem civili miſſio iſta non fit judicio, ſed decreto prætoris: quãtum autem interſit inter hæc duo, inferiùs exponam, quando judi-

do judicem ſeparabo à magiſtratu. XIX. Cum legatarius nomine legati petit ab herede cautionem, ſive ſatisdationem. *Mar. num. 68.* XX. Si inſtituatur judicium de teſtamento, & quæratur, an præponi debeat actioni præjudiciali. *Mar num. 69.* ubi hoc explicat. XXI. Examen teſtium ad perpetuam memoriam Gail. *lib. 1. obſerv. 44. & Mar. num. 70.* De quo examinis genere, quo pacto ſit inſtituendum, & quibus caſibus habeat locum, plenius dicam infra *ſub cap. de probatione per teſtes.* XXII. Cauſa naufragii, ſive ſi furtum ex naufragio factum eſſe dicatur. *Mar. num. 71.* XXIII. Cauſæ breves & modicæ ſive exiguæ ſummæ. *Mar. num. 72.* Quod quidem ſaluberrimè inſtitutum eſt à Juſtiniano; ne litigantes etiam de rebus exiguis exhauriantur ſumtibus: ſed ut alia ſaluberrima inſtituta ſæpè malè obſervantur, ita & hoc negligitur. Quæ autem ſint cauſæ breves & modicæ, æſtimandum eſt ex circumſtantiis, proindeque judicis arbitrio relinquendum: quod & Bartolus monet *in Authent.* aliquot locis. XXIV. Cauſæ pauperum & miſerabilium perſonarum, ut pupillorum, & viduarum. Gail. *lib. 1. obſ. 78. num. 3. Maran. d. parte 9. num. 77.* XXV. De ſalariis & mercedibus laborum, ut vocant Germani Lidlohn. *Mar. num. 81.* Jure civili ſalarii petitio pertinet ad cognitionẽ extraordinariam: ut videre eſt *in l. 1. ff. de extraord. cognit.* ſed mercedes mercenariorum & opificum petuntur actione locati conducti, & quidem judicio ordinario. XXVI. Si agatur de dilatione ſecundâ obtinendâ (quæ non facilè concedi ſolet) & juſtum allegetur impedimentum, ejus probatio ſummariè expedienda eſt. *cap. paſtoralis. in f. ext. de excep. Maran. num. 82.* XXVII. Quando agitur de exiguis & levioribus delictis. *Maran. nu. 83. arg. l. levia. ff. de accuſ.* Quod ferè congruit cum causâ 23 niſi quod hîc agatur de cauſis criminalibus: ubi verò de civilibus, ex contractu, & ceteris. XXVIII. Addunt etiam, ſi agatur de crimine læſæ Majeſtatis ex conſtitutione Henrici VII. ut *in extravagan. ad reprimendam. Mar. num. 84.* Sed hoc non parum recedit à Jure Juſtin. quo iſtiusmodi cauſæ, ut pote graviſſimæ non ſummatim, ſed pleniore inquiſitione diſcutiendæ ſunt. XXIX. Si agatur de tutore vel curatore à judice conſtituendo alicui pupillo vel minori, vel etiam mulieri, ſecundum quorundam locorum conſuetudinem, quem Longobardi *Mundoaldum* vocant. *Mar. num. 85. & ſeq.* Item ſi agatur de adoptione, vel emancipatione, vel manumiſſione, vel bonorum poſſeſſione agnoſcenda. XXX. Summariam eſſe volunt cauſam damni infecti: quamvis Jure civili hujusmodi cauſæ requirant, ut duo interponantur decreta: unum de cuſtodiâ, alterum de poſſeſſione rei: ut videre licet *l. 5. ff. de damn. infect.* XXXI. Addunt aliqui omnẽ cauſam de quâ lata ſententia non magnum afferat præjudicium: Secuti Panormitanum *in cap. cum dilecti. num. 24. extr. de conf. ſis.* Plures quoque cauſas, quæ ſummario judicio tractandæ ſint, petere licet ab And. Gailio *in obſerv.* in primis *lib. 1. obſ. 23. & obſ. 46. num. 5. obſ. 68. num. 7. & obſerv. 78. num. 3. obſerv. 143. in fin. demq; in ib. ſing. de pignorat. c. 21. n. 2.* Sunt autem breviter iſtæ. 1. cauſa relaxationis juramenti ad effectum agendi. 2. cauſa exonerationis mandati. 3. cauſa liquidationis. 4. cauſa reſtitutionis ob lapſum fatalium appellationis. 5. cauſa carceratorum. 6. cauſa mandati de relaxandis captivis. 7. cauſa pignerationis.

Quæritur

Quæritur hic, † An causæ extraordinariæ & summariæ sint eædem, an 18
verò distinctæ? Et Speculator quidem *in t. de offic. omn. iud. §. 1. videndum est n. 13.* reprehendit eos, qui illas non distinguant. Quas autem ipse constituat differentias apud ipsum videre licet. In † Camerâ autem imperiali causæ extra- 19
ordinariæ hæ ferè numerantur à Nic. Cisnero, *lib. 3. de judic. Cam.* 1. exceptio fori declinatoria. 2. de solennibus appellationis neglectis. 3. de editione actorum. 4. de attentatis eorumque inhibitionibus. 5. causa fractæ pacis. 6. causa spolii. 7. causæ de rebus, quæ inter moras judiciorum essent periturræ, sive quæ servando servari non possunt. 8. causa, ex qua magnum impendet damnũ. 9. exceptiones contra dicta testium ante publicationem. 10. de secundâ vel tertiâ dilatione concedendâ. 11. Æstimatio sumtuum litis, sive taxatio expensarũ. 12. causa alimentorum. 13. causæ liquidationis, quæ pertinent ad declarationem & executionem sententiæ. 14. causæ mandatorum pœnalium. 15. causæ possessionis. 16. causæ sive processus ex l. diffamari C. de ingen. manum. 17. causæ relaxationis, sive absolutionis juramenti ad effectum agendi. 18. querela nullitatis sententiæ sive judicii prioris. 19. petitio & datio tutoris vel curatoris. 20. Petitio sequestrationis. 21. petitio decreti. 22. insinuationes donationum & testamentorum. 23. confirmatio dotium. 24. petitio renovationis instrumenti privilegiorum. 25. missio in possessionem ex primo decreto. 26. missio ex l. ult. C. de edict. D. Hadrian. toll. 27. missio ex edicto de ventre in possessionem mittendo. 28. causa nunciationis novi operis. 29. petitio cautionis damni infecti. 30. appellatio de hisce causis extraordinariis, quæ ad Cameram facta est. 31. & ultimò, causa relevationis tributorum pro rata facienda in contributionibus imperii, ob diminutionem bonorum. Atque hæc de causis extraordinariis, quarum nonnullas etiam numerari inter summarias apparebit, ex ipsa utriusq; generis specierum inter se comparatione.

Quæ † verò singularia & specialia sint in judiciis summariis latè explicat 20
Maranta *parte 4. in 1 quæst. principal.* post Glossam & canonistas *ad Clem. sepè. de V. S.* & Bartolum *in extravag. ad reprimendam.* Summa hæc ferè est, quod in judiciis summariis ea, quæ sunt Juris civilis, non sint necessaria: sed ea tantùm, quæ juris sunt naturalis & gentium. Sed quæret quispiam, quæ ergo sunt in judiciis naturalia vel civilia? Resp. † naturalia sunt. 1. citatio. 2. brevis narratio, 21
sive expositio causæ. 3. petitio. 4. probationes. 5. cognitio causæ saltem aliqua & levis. 6. deniq; sententia. Contrà, † civilia sunt hæc 1. libelli oblatio. 22
2. articulorum compositio. 3. litis contestatio. 4. feriæ in honorem hominum indictæ. 5. item dilationes & termini. 6. publicatio attestationum. 7. jusjurandum calumniæ (quamvis aliud de hoc visum fuerit Bartolo, *ad d. c. ad reprimendam, in clement.*) 8. conclusio in causa. 9. denique recitatio sententiæ ex scripto à judice sedente facta. Hæc, inquam, merè sunt civilia, sive juris positivi: ideoque in judiciis summariis secundum Dd. omitti possunt: cùm in ordinariis sint necessaria. Idem Maranta *d. loco* etiam has duas quæstiones examinat, quæ sunt hujus loci. 1. an † consensu partium possit renunciari istis, ut sic dicam, 23
specialitatibus & singularitatibus judicij summarij; & effici, ut ex summariâ

causâ

causà fiat ordinaria? Affert autem *num.87.& seq.* varias hac de re Dd. opiniones,
24 in quas etiam diligenter inquirit. 2. An † efficere possint partes litigantes, ut in causâ ordinariâ summariè procedatur? qua de re videatur idem *num.98.* ubi negat hæc fieri posse. *argum.l. seu publicum.38.ff.de pact.* Nam ordo judiciorum est à jure publico præscriptus, cui proinde privatorum pactionibus derogari nihil potest Cui simile est, quod etiam testamentorum forma à jure publico præscripta, non possit per privatorum voluntatem mutari. *arg.l. nemo potest. ff.de leg.1.& l.si unus.C.de test.* In summâ, sicut non potest testator facere, ut ultima sua voluntas, quam fecit coram quinque testibus sit testamentum: (nam solennitas illa septem testium respicit favorem & utilitatem publicam: ne videlicet falsitas in testamento facilè committatur coram paucioribus testibus. *l.ubemma.in f.C.de test.& l.ult.C.de fideic.*) sed ut codicillus sit, benè potest efficere appositâ clausulâ codicillari: eodem modo litigatores non possunt facere, ut sit & maneat judicium ordinarium, in quo non observentur integra ea, quæ à jure præscripta sunt, sed ut sit arbitramentum, & desinat esse judicium, benè effici potest. Videatur Maranta, qui in effectu idem dicit, *parte 2.numero 38. cum 9.*
25 *seqq.* Sunt † tamen aliqua in judiciis, quæ partes sibi invicem possunt remittere: Sic potest jus jurandum remitti testi, ut ipsius depositio nihilominùs valeat, cùm alias testi injurato nihil credatur. *l.9. iureiurandi. C. de testib.* Sic possunt etiam litigatores renunciare sententiæ, ne feratur, ac potiùs ante eâ transigere in qualibet parte judicii: cùm omnia judicia sint absolutoria. Possunt etiam ratam habere sententiam alioqui nullam; quo casu valebit sententia in vim pacti. Ita decidit Matthæus de Afflictis *in const. Neapol. in præludio.8.q. principale.* Ratio horum omnium illa est, quia in his versatur jus partis, cui quisq; renunciare potest vulgatà *l.pen. C.de pact. cum jim l.* Juri publico planè hîc nihil derogatur, quod neque fieri posset. De jure jurando autem calumniæ, an id possit alteri ab altero remitti, aliàs dicam.

Maranta plures etiam distinctiones judiciorum refert: apud quem viginti numeravi: quarum aliquæ cum superioribus divisionibus nostris conveniunt: aliquæ sunt alienæ, & judiciis ea tribuuntur, quæ potiùs aliò pertinent, verbi gratia ad actiones: ut legenti facilè patebit.

26 Porrò † quia sunt quædam judicio valdè affinia & cognata, adeò ut interdum etiam eius appellatione veniant, proximum est videre, quomodo ea differant à judiciis. Sunt autem hæc potissimum. 1. Causa. 2. lis. 3. negotium. 4. controversia. 5. quæstio. 6. Instantia. & 7. cognitio: de quibus ordine & breviter di-
27 cam. Et primò † quidem, quod ad CAUSÆ nomen attinet, non referam hîc omnia ejus significata, quæ vel in aliis scientiis, vel etiam in jure nostro id vocabulum habet. ut explicatur *ad l.44.obligationum ff.de obl.& act.* ea enim unusquisque privato studio ex Lexicis colligere potest, neque magnopere ad institutum nostrum pertinent. Tantùm igitur attingam illam notionem, qua significat jus ipsum sive rem, quæ in judicium deducitur: de quo videatur Maranta *part.5.de ord.iud.n.66.* vel, ut Isidorus vult *lib.18. Etymolog. c.15.* est materia & origo negotii nec dum discussionis examine patefacta. *cap.forme.10.extra. de V.S.* Sic dicimus;

dicimus *causâ cadere*, pro rem amittere. §. *si quis agens. I. de action.* Item dicimus *causas orare*, & *causam dicere*: unde & *causidici* nomen est inditum; & *causidicina* ipsum officium causidicorum, *apud Amm. Marcell.* & *causarum patroni, &c.* Item dicimus, *causam civilem*, *causam criminalem*, quæ aliàs etiam actio civilis & actio criminalis dicitur. *t. t. C. quah. civilis actio criminali præjudicet.* An tamen idem sint causa & actio; videatur Glossa *ad §. 1.* ubi etiam Angelus, Jason, & alii, *Inst. de action.* Pleriqué autem cum Azone sentiunt, aliud esse causam, aliud actionem, cujus rei rationes ibidem afferuntur. Differt † autem causa à LITE (à qua etiam separatur *in l. 16. causas vel lites. C. de transact.*) in eo, quod causæ verbum sit generale, & usurpetur tàm de criminalibus, quàm de civilibus: litis verò speciale sit, tantùm civilibus actionibus conveniens. *arg. l. 36. litis nomen. ff. de V. S.* ubi videantur interpretes. Quanquam & litis nomen non modo ipsam causam in judicium deductam denotet: ut in *d. l. litis nomen.* & in *l. nulla. C. de procur.* & *l. postquam liti. C. de pact.* Sed etiam aliquando instantiam causæ: ut in *l. properandum. 13. C. de iudic.* & in *l. cum lite mortua. ff. iudic. solvi.* ubi *lis mortua* dicitur, quando peremta est instantia. Videatur & Maranta *part. 5. num. 63.* Incipit autem lis demum à litis contestatione, quæ etiam *judicium acceptum* passim in legibus vocatur: quamvis Accursius & Baldus *in d. l. 16. C. de transact.* voluerint etiam ante incipere litem: quorum sententia ab aliis rectè reprobata est, quos allegat *Mar. num. 64. d. part. 5.* 28

A † NEGOTIO differt causa, quod negotium dicitur tàm in judicio, quàm extra judicium: causa verò tàtum in judicio. Hinc fit, ut procurator ad negotia datus possit pro alio agere, non solùm extra judicialiter, sed etiam in judicio: quod secus habet in eo, qui ad causas est constitutus: Hic enim tantùm in judicio, non etiam extra agere potest, sive negotia aliena mandatu domini administrare. Quod probè notandum est & videndus Maranta *d. part. 5. num. ult.* 29

CONTROVERSIA † est non tantùm in judicio, sed etiam extra illud: & esse potest, etiam si adhuc nulla lis sit inter aliquos, proindeque etiam ante litem contestatam. Hinc fit, ut propriè loquendo aliud sit *res controversa*, aliud *res litigiosa*, sicut de litigiosis dicetur infra *c. 16. huius partis, ad Nov. 112.* & controversia alicui fit, non tantùm agendo, sed etiam contradicendo, resistendo, sese que opponendo. *Mar. num. 68. d. part. 5.* Unde vulgò jactatur, per negationem fieri rem dubiam & controversam: qua de re insignis est locus in his ipsis Novv. *in Nov. 44. c. 1. §. 3. & non frigam.* Item apud Joh. Fichardum *cons. 93. in pr. vol. 2.* 30

Ut autem † controversia, sic etiam QUÆSTIO extra judicium agitari potest, teste Baldo *in d. l. 16. C. de transact.* & Felino, *in cap. super quæstionum. extr. de off. deleg.* 31

INSTANTIA † denique usurpatur ab Interpp. pro exercitatione, agitatione & observatione judicii, quæ fit à litis contestatione, usque ad latam sententiam: quæ durat in causis quidem civilibus ad triennium, in criminalibus verò ad biennium. *l. properandum. C. de judic.* quæ lex hodiè in judiciis malè observatur plerisque in locis. Hæc instantia plurimùm differt à causa & jure ipso partis. Sic rectè dicimus: peremtâ instantiâ, non tamen esse peremtam ipsam causam, neque jus partis, neque omne judicium, quoad illam causam, quò minùs de novo agitari possit: sed tantùm illa tela judicii, quæ- 32

ſemel quaſi abrupta eſt, perit, & pro non facta habetur; verbi gratia, ſi Actor male, vel ineptè conceperit libellum, reus abſolvitur quidem ab inſtantia judicii: ſed non perimitur per id, neque extinguitur jus partis, & ipſa cauſa, quin aliam inſtantiam poſſit Actor fabricare, & quaſi novam telam exordiri, dummodò refuderit Reo impenſas in priori judicio ſuâ culpâ factas. Ipſi enim imputari debet, quod libellum non meliùs formaverit. Hæc omnia aliter ſe haberent, ſi cauſa ipſa, ſive jus partis, eſſent peremta per ſententiâ: tunc enim, obſtante exceptione rei judicatæ, non daretur de eâdem re aliud judicium. *t.t.ff. & C. de excep. rei jud.* item *de re jud.* Multa inſuper de inſtantiâ memorabilia & utiliſſima ad uſum forenſem affert Maranta *d. part. 5. à num. 2. usque ad num. 62.* Reſtabat dicendum etiam de COGNITIONE PRÆTORIA, quomodo ea differat à judicio: ſed hoc reſervabo *ad caput 3.* ubi oſtendam diſcrimen judicis à magiſtratu.

Atque hic finis eſto cap. primi, in quo generalia quædam & ad totum hunc tractatum evidentiorem faciendum, quaſi præparatoria attulimus: Nunc de perſonis judicio intervenientibus proximum eſt ut explicemus.

Poteram inter generalia judiciorum tractare etiam quæſtiones quasdam nō
33 inutiles, niſi vitarem nimiam prolixitatem. † verbi gratia 1. quoniam jure introducta ſint judicia, ſive unde habeant originem. 2. An Chriſtiano homini licitum & fas ſit judiciis uti, hoc eſt, vel litigare, vel judicare. Sunt enim qui hoc negare auſi fuerint: ut inprimis avorum noſtrorū memoriâ Anabaptiſtæ, quorum etiam hodiè reliquiæ ſuperſunt. Sed de priore quæſtione videri poteſt Maranta *part. 3 ſpeculi aurei de ord. jud. num. 133. & ſeqq.* De poſteriore dixi *in orat. priore de judiciis, eique ſubjectâ plenior tractatione eiusdem quæſtionis.* Conferatur etiam Jac. Omphalius *lib. 4. de uſurp. legum c. 5.* quem tunc temporis nondum legeram.

CAP. IV.

De perſonis, quæ judicio vel ſemper, vel plerunque intervenient.

SUMMARIA.

1 *Perſonæ in judicio aliæ ſemper, aliæ plerunque interveniunt.*
2 *Semper in judicio intervenient, Actor, Reus, & Judex.*
3 *De Actore.*
4 *De Reo.*
5 *De Judice.*
6 *Plerunque intervenient Aſſeſſores, apparitores, advocati, procuratores, teſtes, &c.*

1 PErſonarum † judicio intervenientium duo ſunt genera. Nam aliæ in omni judicio regulariter, ordinariè, perpetuò, ac neceſſariò verſantur; ita quidem ut ſine his judicium conſiſtere nequeat: aliæ etſi interdum accedunt, ſæpè tamen abſunt, ut judicium nihilominùs
2 conſtet. Prioris † generis perſonæ ſunt, Actor, Reus, & Judex. Nullum enim fingi poteſt judicium, in quo non hi tres ad minimum concurrant. Nemo enim

enim ſecum ipſe litigat: Deinde nemo quoque ſibi ipſi eſt judex. Unde appareret, neceſſariò requiri tres perſonas, ut conſtet judicium. Primo † autem 3
loco Actorem pono, quia ab hoc initium litis proficiſcitur: ſive, quia is ad judicium provocat, & lite alterum pulſat ut Jurisconſulti & Impp. loqui ſolent. Et quidem Actor regulariter ſuâ ſponte judicium dictat, cum nemo invitus agat, vel accuſet. *t. t. C. ut nemo invitus agere vel accuſ. cog.* Unde alibi quoque dicitur, in Actoris eſſe poteſtate, quando velit agere: in rei verò manu non eſſe, quando velit excipere: Oportet enim eum expectare donec Actori ſit commodum litem movere. Ex quo illud fluxit juris principium: *quatemporalia ſunt ad agendum, ea ſunt perpetua ad excipiendum.* Sunt tamen eius regulæ quædam exceptiones, de quibus videatur Azo *in ſumma Cod.* & Cujacius *in Parat. C. d. t. ut nemo invitus ag.* Secundò † loco nomino Reum. Is enim eſt, qui lite pulſatur: 4
ut ait Imp. in *l. fruſtra. 8. C. de probat.* & aliis multis in locis: ſive, ut Cicero loquitur, eſt is unde petitur: vel, ut Jurisconſulti, is cum quo agitur. Poſtremo † eſt 5
Judex: coram quo ambigua fata cauſarum examinantur: ſive, qui inter utramque perſonam eſt medius: ut eleganter ait Conſtantinus in *l. 22. ubi. C. ad L. Corn. de falſ.* & qui tandem ſententia ſuâ dirimit controverſiam; vel condemnando reum, vel abſolvendo in totum, vel etiam partim condemnando, partim abſolvendo *l. 1. ff. de re indic.* De ſingulorum iſtorum officio, quale ſit, infra ſeparatim ſuo loco tractabitur.

Poſterioris † generis perſonæ dici poſſunt acceſſoriæ, vel adjuvantes, atq; 6
adminiculantes: Et horum alii ſubſerviunt judici, quales ſunt Aſſeſſores, ſeu paredri & conſiliarii: & item apparitores ſeu viatores & executores: Alii adjuvant litigatores, Actorem & Reum: ut ſunt Advocati, ſeu togati, ſeu cauſidici, qui & patroni cauſarum: ut ſunt item procuratores & defenſores: deniq; teſtes. De his omnibus manifeſtum eſt Judicium etiam ſine ipſis poſſe conſtare, dummodò adſit Actor, & Reus, & Judex.

CAP. V.

Judicis Etymon & alia nomina: Item differentia eius à lege, à magiſtratu, & ab arbitro.

SUMMARIA.

1 *Iudicis etymon.*
2 *Iudicere & iudicare: magiſtratus, & iudex: adde infr. n. 6 & 16.*
3 *Iudicem non eſſe eum, in quo non ſit iuſtitia; quomodo intelligendum?*
4 *Iurisdictio.*
5 *Inter Legem & Iudicem differentia duplex.*
6 *Inter Magiſtratum & Iudicem differentia tres.*
7 *De L. quidam 57. ff. de re indic.*
8 *Minor certis conditionibus & iudex eſſe poteſt, & magiſtratus.*
9 *Cognitiones & iudicia quid differant?*
10 *Secunda differentia inter cognitiones & iudicia.*
11 *Tertia differentia.*
12 *Quarta differentia.*
13 *Cauſæ cognitionum quomodo vocentur hodiè: & quanam ſint?*
14 *Quinta differentia.*
15 *Sexta differentia: ubi & diſcrimen inter ſententiam & decretum: & conciliatio l. 48. ff. de re indic. cum l. 12. C. de ſentent. & inter. l.*

Digitized by Google

16 *Discrimen inter iurisdictionem & iudicium.*
17 *Iudex & Arbiter quid differant?*
18 *Prima differentia.*
19 *Secunda differentia: ubi & de variis generibus arbitrorum, ut & infra n. 39. & 42.*
20 *Tertia differentia: ubi & loci Aristotelis, Senecæ & Ciceronis, de Iudice & Arbitro. iudicio & arbitrio.*
21 *Quarta differentia.*
22 *Quinta differentia.*
23 *Sexta differentia.*
24 *Septima differentia.*
25 *In quibus conveniant Iudex & Arbiter. Iudicium & Arbitrium?*
26 *Primus articulus, in quo conveniunt.*
27 *Secundus articulus.*
28 *Tertius articulus.*
29 *Quartus.*
30 *Quintus.*
31 *Sextus articulus: ubi & ratio cur certa debeat esse sententia & quænam sit certa?*
32 *Septimus articulus.*
33 *Octavus articulus: & cur nemo in suâ causâ iudex vel arbiter esse possit?*
34 *Nonus articulus.*
35 *Decimus.*
36 *Undecimus.*
37 *Duodecimus: ubi & ratio diversa, cur Iudicis, & cur Arbitri sententia etiam iniusta sit parendum.*
38 *Decimustertius articulus, & similitudo ultima.*
39 *De divisione Arbitrorum in arbitros compromissarios arbitratores, & arbitros iuris.*
40 *Dicendumne sit, de receptis arbitris, an, de receptis arbitriis.*
41 *Emendatio Corrasii in l. 76 profecto: ut legatur* arbitriorum *pro* arbitrorum: *non necessaria.*
42 *Distinctio Arbitri in honorarium & receptum.*
43 *Plura de arbitris, remissive.*
44 *Varia appellationes arbitrorum Germanica.*

1 IUdex † quem Græci appellant δικαστὴν, quasi δίχαστὴν, id est, divisorem seu partitorem; teste Aristotele *libro 5. Ethic.* item μεσίδιον, quia scilicet inter utramque personam judex sit medius ut supra *c. proximo* dixi, ex *l. 22. Cod. ad l. Corn. de falsi.* Latinis, ut quidem vult M. Varro *lib. 5. de ling. Lat.* appellatus est, quòd jus dicat acceptâ potestate, id est, quibusdam verbis dicendo finiat. Ubi etiam idem Varro *Dicare* derivat ex Græco δικάζω, & *judicare*, vult esse, quasi *jus dicare*. Isidorus autem *lib. 18. Origin. c. 15. Index*, inquit, dictus *quasi ius dicens populo, sive quòd iure disceptet. Iure autem disceptare est juste judicare. Non est autem judex, si non est in eo iustitia.* Quem
2 locum etiam Gratianus retulit in Decretum. Sed † in his Isidori verbis duo mihi maximè notanda occurrunt. Unum, quod *jus dicere* tribuit judici: cùm aliàs id proprium sit prætoris, tanquam magistratus: Judicis verò sit *judicare*. Atque ita hæc duo etiam rectè separantur in ipso tit. *C. ne quis in suâ causâ iudicet, vel ius sibi dicat. lib. 3. t. 5.* ubi Cujacius quoque *in Parat.* hoc discrimen observat: *Iudicat*, inquit, *index, vel arbiter datus inceptusve: Ius dicit magistratus: omnes in re aliena.* Sic & *jus dicere* & *jus reddere*, quæ duo idem valent, tribuitur prætori in *l. pen. ff. de Inst. & Iure*, & in *l. 1. ff. de iurisd.* cùm dicitur latissimè patere officium jus dicentis: Ubi intelligendus est non judex, sed magistratus sive prætor. Veruntamen prætor etiam olim *judex* appellari cæpit Romæ: ut ex Livio annotavit Doctiss. Brissonius *lib. 9. de V. S. Lit. I.* Quò minùs est mirandum, quòd nonnunquam etiam judex dicitur jus reddere vel dicere: dùm videlicet pronunciat, quid cujusque suum, quid alienum sit; quid alterum alteri dare, facere, oporteat: tametsi hoc fiat latè & impropriè. Nam propriè & præsè in Jure nostro alii sunt *judices*, alii *magistratus*, ut paulò pòst dicam: aliud item est *judicare*, aliud *jus dicere*. Sed Germanica lingua nostra inter Vrtheilen/vnd Recht-

sprechen/

sprechen/non tàm accuratè distinguit, ut Latini solebant, inter *judicare* & *jus dicere*. Alterum † quod in verbis Isidori observandum esse aiebam, illud est: 3
quòd negat judicem esse, in quo non sit justitia. Quod ideò sic dicit, ut Judex officii sui commoneſiat: debere nimirum sese perpetuò justitiæ adhærere, quasi metueret, ne judicis nomen ipsum amissurus esset, si justitiæ non studeat. Cave autem sic ea verba accipias, quasi etiam iniqua sententia Judicis, si transierit in rem judicatam, id est, non suspensa fuerit per appellationem, jus inter partes non faciat, quibus dicta est. Imò vero facit jus & valet: idque tùm propter auctoritatem rerum judicaturum, quæ pro veritate habentur: ut est in *l. 25. ingenuum. ff. de stat. hom.* & in *l. 207. res judicata. ff. de R. I.* tùm quia relatio fit, non ad id, quod judex pronunciavit, sed quod pronunciare debuit. *argum. l. pen. ff. de I. & I.* ubi Prætor etiam cum iniquè decernit, tamen jus reddere dicitur, propter illam scilicet relationem, ad id quod eum facere convenit: tùm denique, quia pro sententiâ, sicut & pro judice & pro actis magistratus, semper est præsumtio. Seneca † etiam *juridicum* usurpat pro judice: ut cum ait *in Hercule Furente. sc.* 4
7. Flentes Eurydicen juridici sedent, id est, judices. Sed in jure nostro *Juridicus* differt à judice, & significatur eo nomine certus quidam magistratus: qualis fuit, quem Imperatores urbi Alexandrinę præfecerunt: Juris dicundi causâ; unde & nomen accepit. Strabo ipsum vocat δικαιοδότην, quasi dicat, *juris redditorem*, de quo videatur etiam *t. C. de off. jurid. Alexand.* item *t. ff. de off. juridic.* & *§. nos autem. I. de Attil. tut.* Fit etiam mentio juridici in *l. 41. Thais. §. 5. Lucia. ff. de fideic. libert.* qui æstimaverit quanti ancilla redimenda esset cum filiis, quibus relicta erat fideicommissaria libertas. Sic Jul. Capitolinus scribit, M. Antoninum Imp. Italiæ dedisse juridicos, eique consuluisse; perinde ut Hadrianus viros consulares jura reddere præceperat. Hinc est, quod Tertull. *in lib. de pallio*, tempus juridicinæ Catonis vocat illud, quo præturam gessit Cato. Nam sicut à causidico fit *causidicina*, quo vocabulo Amm. Marcellinus utitur pro officio seu munere Advocati: ita à Juridico eadem figurâ derivatur *Juridicina*; id est, munus jus dicentis. Atque hæc de judicis Etymo, & quibus præterea à nominibus designetur.

Sequitur † de ejusdem à lege differentiâ, quæ duplex ferè est. I. enim Ju 5
dex statuit de præteritis: lex autem regulariter & plerunque de futuris: & futuris negotiis formam dat, ut est in *l. 9. C. de legibus.* nisi nominatim legislator exprimat, se velle suam legem etiam ad præterita referri. II. differunt etiam ita, quod lex in universum rogatur, sive de toto genere: sed judicia sunt de rebus singulis, sive ut Græci vocant, περὶ τὰ καθ' ἕκαστα. Videatur etiam de differentiis legislatoris & judicis Arist. *lib. 1. Rhet.* Et priorem nostram differentiam attingit etiam Cujacius *init. Nov. 22.*

Præterea † videndum est etiam discrimen inter Judicem & magistratum: 6
quod in jure nostro, cùm propriè loquuntur auctores, accuratè observatur: tametsi interdum latè & impropriè etiam magistratus dicatur judex, eique jurisdictio tribuatur: ut in *tit. C. de iurisd. omn. iud. lib. 3.* sed cùm propriè loquimur, Judex à magistratu ita differt: 1. quod magistratus, verbi gratia prætor, dat judicem:

Digitized by Google

dicem: unde toties in jure appellãtur *judices dati*, item *iudices pedanei*, & *speciales*. 2. Magistratus pro tribunali sedebant, id est, in loco editiore, quod Græcis βῆμα dicitur, à gradibus scilicet, per quos in illud ascendebatur: Judices verò nullum habent tribunal, sed de plano judicabãt in aliquo fortuito scamno, aut collatitio. 3. Magistratus habent jurisdictionem & forum: Judices dati nec forum habent, nec jurisdictionem, sed tantùm simplicem notionem causarum, ad quas dati sunt, sive addicti: ut docet Cujacius *in parat. C. de pedaneis. judic. & t. t. de iurisd. omn. iud.* Et hæc differentia cùm aliis multis confirmari potest, tùm
7 etiã *l. 57. quidam. ff. de re iudic.* Ubi † ait Ulpianus, quæ si tum fuisse, an valeret sententia à judice minore 25. annis data: & respondet, æquissimum esse tueri sententiam ab eo dictam, nisi minor sit 18. annis. Addit deinde, si minor magistratum gerat, puta si consul aut prætor creatus sit & ius dixerit, vel sententiam protulerit, probari eius jurisdictionem, & valere sententiam: idemque esse etiam si minor ex consensu datus sit judex scientibus his, qui in ipsum consenserunt. Duæ itaque præcipuæ sunt partes eius legis: in priore agitur de judice minore: in posteriore de magistratu, item minore; & ab utroq; datam sententiam valere, ait Ulpianus Judicis quidem sententiam ideo valere, quia partes litigãtes in eum consenserint: magistratus verò jurisdictionem, sive decretum, & sententiam ideò, quia princeps, qui magistratum dedit, omnia gerere decrevit; id est, propter principis auctoritatem, qui idoneum facere potuit etiam minorem ad gerendum magistratum, puta propter eximiam indolem, & præmaturi ingenii dotes. Huic non est absimile, quod ait Ulpian. in *l. 3. ff. de off. præt.* Populum Romanum etiam potuisse servum facere prætorem, eique decernere præ-
8 turam, ac si scivisset servilem eius conditionem, facere liberum. Si † igitur valet actuenda est sententia judicis minoris, si non est improbanda jurisdictio & sententia magistratus minoris, sequitur ut dicamus, Minorem & judicem esse posse certis conditionibus & magistratum. Ex quo satis apparet, quæ sit differentia inter judicem propriè dictum, & magistratum.

9 Hic † pauca sunt dicenda de cognitionibus, quæ si propriè accipiantur non tribuuntur judici, sed prætori & cæteris magistratibus: ac differunt magnoperè à sententiis & judiciis. Nam primò causas eas, quæ sunt cognitionis, cognoscit magistratus per se: judiciales verò causas judex à magistratu datus disceptat: ut in primis videre licet in *l. 13. 16. & 24. ff. de minor. 25. ann.* & ex *l. ff. de var. & extraord. cognit.* & *l. 1. § per hanc. ff. de rei vind.* & *§. 1. I. de fideic. hered.* juncto Ulp. *in fragm. regular. t. 25. de fideic. § 10. fideicommissa.* item *l. 105. ubicunque. ff. de R. I.* & *l. pecuniæ 178. § actionis ff. de V. S.* Sic etiam Sueton. *in Claudio*, idem discrimen indicat, quasdam scilicet causas etiam ab ipso Imperatore cognosci solere. Insignis est locus, qui sic habet: *alium interpellatum ab adversario de propriâ lite, negante, cognitionis rem, sed ordinarii iuris esse.* (id est, ad judicem remittendam) *agere causam confestim apud se coegit.* Hoc vult dicere Suetonius Reum quidem maluisse dari judicem de causâ seu lite suâ, & institui ordinarium judicium, nõ autem cognitionem extraordinariã ab ipso Imperatore suscipi: sed Imp. Claudium, non attenta hac ipsius postulatione, instituisse cognitionem, & coëgisse

illum

illum † eum causam dicere apud se, nec ad judices datos causam remittere voluisse. Videantur ibi doctissimi commentatores Lævinus Torrentius & Isaacus Casaubonus. Idem de cognitionibus apparet etiam ex Decretis quibusdam Hadriani Imp. quæ extant *in vett. gloss. Henric. Stephan.* Eodemque pertinuerunt, cùm Ulpiani *lib. X. protribunalium, sive de omnibus tribunalibus*: tùm Pauli *decretorum lib.* 3 quibus complexus erat, & exposuerat, sententias prolatas in cognitione imperiali: tùm denique Callistrati *lib. 6. de cognitionibus*: quo titulo & Paulus librum singularem scripsit, de quibus omnibus videatur Judex Pandectarum Florentinorũ & inscriptiones plurimarum legum in Pandectis. Eôdem pertinet illa quoque distinctio bonorum possessionis, quod aliæ sunt *edictales* aliæ *decretales*, de qua alibi latiùs dicitur. Secundò † in eo differunt judicium & cognitio: quòd judicium est remedium ordinarium, seu via juris ordinarii: cognitio prætoria est remedium extraordinarium *d. l. pecuniæ. § actionis. ff. de V. S. & d. t. de var. & extraord. cognit. in ff. & d. l. 1. § per hanc. ff. de rei vindic. cum simil. locis supra allegatis, & d. loco. Suetonii.* Tertiò: † in judiciis necessaria est actio & libellus admonitionis: in cognitionibus non item. Hæc enim duo manifestè inter se opponuntur ab Ulp. in *d. l. 24. § ult. ff. de minor.* cùm ait; ex edicto de restitutione minorum nullam proficisci propriam actionem, vel cautionem sed totum ex prætoris cognitione pendere. Idem quoque de reliquis causis cognitionum esto judicium: ut ostendit *l. 71. ff. de R. I.* junctâ *l. 9 nec quicquam. §. 1. ff. de offic. proconf. & l. 6. C. de præd. minor. omnia quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt.* Quartò † differunt quòd causæ cognitionum longè sunt pauciores, quàm judiciales. Quod ut appareat breviter recensebo † causas cognitionum plerasque & præcipuas. Nam plures petere licet ab Hotom. *lib 7. obs. c. 4.* adhibere quoque Noë Meurer lib. 3. de judic. Cameræ. Observandum enim, quæ in jure nostro appellantur *causæ cognitionum*, eas hodiè vocari in ordinatione Cameræ, *Extraordinarias*: sicut *causæ judiciariæ* dicuntur *ordinariæ*. Sed enumeremus octo vel novem præcipuas causas cognitionum ex legibus nostris. 1. igitur & nobilissima est in integrum restitutio minorum 25. annis. *l. 13 14. & l. 24. & passim t. t. ff de minor* junctâ *l. 39. minor. ff. de evict.* ubi minor, qui dicit se circumscriptum in venditione, impetrat cognitionem adversus emtorem & eum, cui ille porrò vendiderat, sive adversus secundum pariter ac primum emtorem. 2. venditio prædiorum minoris: quæ res aliter rectè non potest confici, nisi causis apud acta probatis, quæ venditionis necessitatem inferant, decretum solenniter interponatur. *l. 6. minorum. C. de præd. & aliis reb. min. sine dec. non al.* juncto *tit. ff. de reb. eor. qui sub tut.* Idque ex SC. quod auctore Severo & Antonino, patre & filio, factum est. *d. tt.* 3. Constitutio Actoris pupillaris facta Decreto prætoris vel præsidis provinciæ, ad instantiam, & periculo tutoris vel curatoris, morbo aliâve ex causâ impediti, quo minùs administrare possit negotia pupilli. *§. ult. I. de curator.* 4. datio vel confirmatio tutoris. *t. t. I. de Attil. tutor. l. 6. C qui dare tutores possunt. l. 2. & l. 7. ff. de confir. tut.* ubi Decretum pro tribunali interpositum dicitur. *l. 1. C. eod. l. 16. Caius. ff. de excus.* 5. Causæ excusationis à tutelâ vel curâ *l. 13. §. oportet. ff. de excus.* ubi dicitur

oportere

Digitized by Google

oportere causas hujus modi testari ante tribunal (quod non habet Judex, sed prætor, vel præses, vel alius magistratus. Judex enim de plano judicat.) 6. Causæ suspecti tutoris, vel curatoris, & eorundem remotio à tutelâ vel curâ. § 1. *l. de suspect. tut. vel cur. & l. 1 §. damus. ff. eod.* 7. Transactio super alimentis: De his enim non licet transigere, nisi prætoris cognitione & decreto interveniente. *l. 8. ff. de transact.* 8. bonorum possessio, quæ decretalis appellatur: Nam hæc quoque non nisi causa cognita, & per Decretum pro tribunali interpositum, dari potest: non autem de plano *l. 3. § pen ff. de bon. poss.* verbi gratia Carboniana bonorum possessio, quæ impuberi cui status controversia movetur, decernitur, decretalis est: quia non aliter quàm causâ cognitâ & per decretum à magistratu pro tribunali datur, & jubetur, dùm pubes fiat, manere in possessione, dilatâ interim status controversiâ *t. t ff. de Carbon. ed.* Sunt & plures hujus generis bonorum possessiones, quæ videri possunt apud Scip. Gentilem *lib. 1. de iurisd. c. 22.* 9. Stipulationes damni infecti. § *prætoriæ. I. de divis. stipal. & l. cum postulassem. 44. & t. t. ff. de damn. infect.* Hæ, inquam sunt præcipuæ causæ cognitionum. Sed causæ judiciales sunt ferè innumerabiles: omnes nimirum reliquæ, præter cognitionales.

14 Quintò † differunt: quod in his, quæ judicio petuntur, contrahitur mora etiam per extraordinariam interpellationem: in iis verò, quæ cognitione prætoriâ, non item Bart. Jas. & alii Dd. *ad l. si ex legati. ff. de verb. oblig.* Sextò: † de
15 his causis quæ judicio expediuntur, interponitur sententia: de causis verò cognitionum interponitur decretum. Nam propriè loquendo sic differunt *decretum & sententia*: ut hæc sit judicum; illud vel principis, vel prætoris, vel præsidis, vel aliorum magistratuum. Et observare licet, ubicunque mentio fit in jure causarum cognitionis, ibidem etiam fieri decreti mentionem; quod apparet, si inspiciantur leges superiùs allegatæ, aliisque locis plurimis probari potest. Hoc amplius inter Decretum & Sententiam illud servabatur discrimen; ut decretum Latinè tantum interponeretur: sententia verò tàm Latinâ, quàm Græcâ linguâ proferri posset. *l. 48. Decreta. ff. de re ind.* junctâ *l. 12. iudices. C. de sent. & interl.* Differentiæ ratio hæc est, quia prætor, item præses, tanquam magistratus populi Romani servare debebat majestatem imperii Romani etiam in eo, ut solâ linguâ Romanâ in publicis illis & solennibus actibus uteretur. In judice verò hoc non ita necessarium visum fuit, cum is homo sit privatus, non in magistratu constitutus. Quod autem Gothofredus *ad d. l. 48. in notis* putat, utramque legem de eâdem re agere, & legem Pandect. abrogari per legem Cod. ei non assentior: Nam vel ex ipsa inspectione & collatione patet, priorem legem loqui de Prætore, alteram verò de Judicibus: inter quos quantum intersit, nemo nescit, & supra quoque exposui. Et hæc quidem ita sunt, si propriè loqui velimus. Generaliter tamen atque impropriè loquendo promiscuè ita usurpantur, & decretum quoque vocatur sententia: nempe quia idem est utriusque effectus: ut finem videlicet imponat controversiæ. Similiter etiam cognitio aliquando tribuitur judici, latè scilicet accepto verbo, ut pro simplici notione usurpetur.

Postre-

Digitized by Google

Postremò † ad eàndem differentiam judicis à magistratu, pertinet etiam di- 16
scrimen, inter jurisdictionem & judicium. Nam cùm Jurisdictio propria sit magistratus, Judicium verò judicis privati, & causæ alicui addicti, vel dati: consequens est, ut quomodo judex à magistratu differt, ita etiam à Jurisdictione differat judicium. Quæ cùm ita sint: parùm certè juri nostro convenire videtur quorundam sententia; qui distinguunt Judicium in jurisdictionale & arbitrarium: & *Iurisdictionale* illud vocant, quod instituitur & agitatur coram judice jurisdictionem habente, sive ordinarius sit, sive delegatus, ut loquuntur: *Arbitrarium* verò quod coram arbitro ventilatur. Ita Robert. Maranta *part. 4. dist. 14. num.* 1. Sed jure nostro judex, quatenus judex, nullam habet jurisdictionem: unde nec sententiam à se dictam ipse exequi potest, sed magistratus eam exequitur, qui judicem dedit. *l. à D. Pio. 15. ff. de re judic.* De Jurisdictione autem, eiusque variâ notione ac speciebus, hîc explicare velle, alienum esset. Extant de ea re doctissimorum virorum commentarii: quibus etiam omninò adhiberi velim accuratissimas conclusiones Thomæ Michaëlis, Assessoris Cameræ Imperialis. Illud tantùm admonebo: Judicium quandoque pro jurisdictione satis impropriè positum reperiri: ut in *l. 2. §. ul. ff. de iudic.* ubi Interpp. hoc annotant: *his addatur*, inquit Jurisconsultus, *multa dicenda jus, quibus publicè iudicium est, & non aliis.*

Sequitur quod postremo loco sub hoc capite proposueram, explicare † di- 17
scrimen Judicis & Arbitri: Arbiter à Callistrato *in l. 41. cùm lege Iuliâ ff. de rec. arbitr.* judex compromissarius vocatur: sicut etiam *in veteribus glossis verborum juris, quas edidit Carolus Labeus*, compromissarius διαιτητὴς αἱρετὸς, & *in glossario Henrici Stephani*, διαιτητὴς disceptator, arbiter, intercentor: & *in altero glossario*, arbiter etiam μεσίτης vertitur, item ἀνταλλακτὴς: quia nimirùm litigantes sive partes controvertentes in eum compromittunt: seseque invicem obstringunt certæ pœnæ sponsione & stipulatione, vel etiam interdùm nudo pacto, interdù & iureiurando, quod sententiæ eius, quam vulgo *laudum* vocant, stare velint. Nam ab arbitri sententiâ non licet appellare: nisi quis in pœnam compromissam vel etiam periurium incurrere velit. Quæ omnia aliter se habent in iudice. Sed ut tantò meliùs appareat, quantum intersit inter utrumque; percurram ordine septem differentias: quarum prima † hæc est: quòd arbiter eligitur & 18
aditur interveniente compromisso partium, sive stipulatione pœnali, sive pacto, sive iureiurando, quod stare velint eius sententiæ: Judex verò quamvis etiam ipse ex consensu partium dabatur; ut est apud Ciceronem, item apud Plinium *in Panegyr.* tamen in eo tale compromissum sive stipulatio, sive pactum pœnæ, aut iusiurandum non intervenit. Hinc secunda † fluit differentia 19
quòd videlicet à sententiâ Judicis ad superiorem appellare potest is, qui se iniquâ sententiâ læsum putat. *l. 1. ff. & C. de appellat. & aliquot. Nov.* Sed à sententiâ arbitri, seu iudicis compromissarii appellare non licet: quin potiùs simpliciter ei standum est, ut dixi, propter metum vel pœnæ, vel periurii. Nam si quis contravenire velit, adversus eum vel pœnæ petitio, vel exceptio nascetur, vel is periurus fiet. *l. 2. ff. de rec. arb. l. 1. l. 4. & l. ult. C. eod.* Quæ tamen lex Codicis corri-

gitur à Justin. per *Nov. 82. c. 11.* ubi hoc genus arbitrorum, qui ex iureiurando adeuntur, planè sustulit. Ratio novissimi iuris est, ne hominibus detur occasio committendi periuria. Quam eandem ob causam Imp. remisit quoque matri & aviæ necessitatem eiurandi secundas nuptias, si tutelam liberorum suorum suscipere velint, ut dixi *part. 8.* Si tamen arbitri fuerint aditi communi & nudo consensu partium absque compromisso & stipulatione pœnæ, absque pacto, absque iureiurando, licet ab eis appellare. *l. ex consensu. ff. de appell. & l. pen. C. d. t.* Nisi eorum sententiæ semel acquieverint partes. Tunc enim oritur inde exceptio quasi taciti pacti, & actio in factum, vel condictio ex lege Justiniani. Sicut etiam permissa est appellatio ab illis, qui dati sunt arbitri à iudicibus ad aliqué causæ articulum, puta ad probandum fideiussores, num sint idonei: item ad examinandas sive excutiendas rationes. *l. 9. arbitro ff. qui satisd. cog. l. rem non novam. C. de iudic. & l. ult. C. ubi & ap. quem cognit.* Ut ita ex his, quæ dixi, liceat colligere quatuor genera arbitrorum, de quibus explicat etiam Cuiacius *in Parat. C de recept. arb.* Tertò differunt: quòd † iudex ad certam formulam est adstrictus, à quâ ne latum quidem unguem ei recedere liceat: arbiter autem non est ita arctatus, sed totius negotii suo arbitrio & magis ex æquo & bono disceptandi potestatem habet. Quod discrimen nec Aristoteles prætermisit, cum *lib. 1. Rhet. c. 13. in fin.* sic ait: *τὸ εἰς δίκαστὴν μᾶλλον ἢ εἰς δίκην βούλεσθαι ἴέναι. ὁ γὰρ διαιτητὴς τὸ ἐπιεικὲς ὁρᾷ: ὁ δὲ δικαστὴς τὸν νόμον: propterea, ait, sive malle quosdam, ire ad arbitrum, quàm ad judicem, sive, ad arbitrium, quàm ad iudicium: quia arbiter ante oculos habet æquum bonum; iudex verò legem.* Quæ pauca verba Philosophi, quasi commentati sunt Cicero & Seneca: qui eodem modo distinguunt inter *iudicia & arbitria.* Sed operæ pretium est ipsorum met verba recognoscere. Seneca igitur *lib. 3. de benef. c. 7. Melior,* inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicem, quàm si ad arbitrum mittitur: quia illum formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit: huius libera & nullis astricta vinculis religio & detrahere aliquid potest, & adicere, & sententiam suam non prout lex vel iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia impulit, regere.* Et rursum idem Seneca ad hoc discrimen respiciens ista scripsit *lib. 2. de clement. c. 7. Clemntia,* inquit, *liberum arbitrium habet; non sub formulâ, sed ex bono & æquo iudicat: & absolvere illi licet, & quanti vult æstimare litem. Nihil ex istis facit tanquam iusto minus fecerit, sed tanquam id quod constituit iustissimum sit.* Cicero autem *in oratione pro Q. Roscio Comœdo: Aliud est,* inquit, *iudicium, aliud arbitrium: iudicium est pecuniæ certæ sub formula comprehensa; arbitrium incertæ. Ad iudicium hoc modo venimus, ut totum litem obtineamus aut amittamus: ad arbitrium, ut neq; nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. Eius rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in iudicio? directum, asperum, simplex:* SI PARET ILLS IOOO DARI OPORTERE. *Hinc nisi planum fecerit sestertium sexagies ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum:* QUANTUM ÆQUIUS ET MELIUS, ID DARI, &c. *Quis unquam ad arbitros quantum petit, tantum abstulit? Nemo. Quantum enim æquius esset sibi dari petit.* Hactenus Cicero. Ex quibus omnibus satis liquet; quantum habeant affinitatem arbitria cum bonæ fidei iudiciis sive actionibus: nempe tantam

tantam, ut etiam arbitriorum nomen illis passim tribuatur, & iudex in illis dicatur arbiter. verbi gratia arbitrium tutelæ. *t. C. & alibi*, pro Judicio tutela. Videatur & Donellus ad §. *Actionum. I. de Action. n.* 8. IV. Differentia † hæc 21
est, quod Judex est homo privatus, à prætore alicui causæ additus, cùm certæ formulæ præscriptione: arbiter verò potest eligi etiam magistratus, qui cum imperio sit *l.* 3 §. *ult.* junctâ *l. 4 ff. de rec. arb.* Quamvis qui in aliquo magistratu positus est, pari aut superiore, ut consul, aut prætor, non possit cogi à prætore ad arbitrandum, sicut privatus, qui semel arbitrium recepit, cogi potest. Sed magistratus par aut maior idcirco non potest cogi: quia par in parem non habet imperium, multoque minùs inferior in superiorem. *l. 13. ille à quo. §. tempestivum. ff. ad SC. Trebell. ubi gl.* & Gothofr. *& annotuit. ubi gl. in verb. in parem. extra. de electione & elect. potestate.* V. Differentia: † Judex non potest esse, qui notatus 22
fuerit ignominiâ: verbi gratia, qui senatu motus est. Hunc enim lex Julia vetuit dari judicem. *l. cum prætor. 12. §. non autem omnes. vers. lege ff. de iudic. & Muretus in orat. de offic. iud. tom. 1. orat.* Sicut etiam tales prohibentur esse advocati & assessores. *l. 2. ff de off. assess. l. 1 § 6. ff. de postulan.* In arbitro autem parvi refert, utrum integræ famæ sit, an ignominiosus. *l. 7. ff. de rec. arb.* VI. Differentia † secun- 23
dùm quosdam in eo consistit: quòd coram Judice actor præstare debet cautionem de lite persequendâ, quam coram arbitro præstare non cogitur. Bart. *ad Nov. de litig. 112. § Ad excludendas, num 7.* post speculat. & alios ibidem allegatos, ubi etiam refert diversæ opinionis auctores. VII. Judex † potest senten- 24
tiam talem proferre, qualis ut pronunciaretur inter litigatores convenerit. *l. 26. si convenerit. ff. de re iudic.* In arbitrum verò si ita compromittatur, ut certam dicat sententiam, nullum est arbitrium; neq; cogetur arbiter sententiam dicere: ut refert Paulus ex Juliano, *in l. 19 quale. 2. in pr. ff. de rec. arb.* Differentiæ ratio non est difficilis investigatu: quia nimirum arbiter, cui non permittitur arbitrium liberum, sed quid pronunciare debeat præscribitur, non ampliùs est arbiter, & amittit officium suum. Nam arbitrium nihil aliud est, quàm libera facultas dicendæ sententiæ. *l. 13. §. item Pomponius. ff. de rec. arb.* Aliud est in judice, qui officium suum non perdit, etiamsi sequatur in sententiâ id, quod placuit controvertentibus. Quemadmodum etiam alibi dicitur: Judicem, item prætorem, solere voluntatem defuncti in omnibus subsequi, maximè si pater fuerit, qui aliquid disponit.

Sicut † autem in his capitibus (forsitan & in aliis pluribus; quæ hucag- 25
gregari possunt) judicia ab arbitriis differunt: ita contrà etiam in multis rebus conveniunt: ut rectissimè scripserit Paulus: compromissum ad similitudinem judiciorum redigi. *l. 1. ff. de rec. arb.* Observari autem possunt, quasi tredecim articuli, in quibus conveniant judicia & arbitria. Ac † 1. quidem similitudo 26
consistit in fine, qui ambobus unus idemque est propositus, videlicet finis litium. Nam ut judicium ac sententia à judice prolata, remedium est finiendarum litium. *l. 1. ff. de re iudic. & t. 1. ff. de exc. rei iudic.* ita & compromissum, & sententia arbitri ad finiendas lites pertinet. *d. l. 1. ff. de rec. arbitr.* 2. † ut judex eli- 27
gebatur ex utriusque litigatoris consensu, teste Cicerone *pro Cluentio*, & Plinio

in Panegyr. ad Trajanum ita arbiter quoque ex utriusque partis conſenſu ſumitur. *l.11. litigatores. §. pen. & l.13 ff. de rec. arbitr.* Quod ipſum quoque verbum *compromiſſi* ſatis indicat, non poſſe ab uno tantum fieri: Eâdem ratione qua & *conventio*, & *convenire*, & *conſenſus*, uſurpatur de pluribus hominibus, in idem, & eundem ſenſum venientibus, non de uno tantum. *l. 1. §. conventionis verbum. &*
28 *ibi Duaren. ff. de pact.* 3. etiam † in ætate conveniunt, quæ in utriusque perſonâ debet eſſe major viginti annis. Nam ſicut minor viginti annis per legem Juliam non poteſt eſſe judex: ita neque arbiter ſumi poteſt. *l. 41. cùm L. Iulia. ff. de rec. arbitr.* tametſi in ætate judicum nonnihil ſit variatum: ut infra *alio cap.* dicam. & videatur. *l. 57. quidam conſulebat. ff. de re iud.* Sed ſi quis major 20 annis, & tamen minor 25. annis ſemel arbitrium receperit, & ſuâ facilitate fuerit læſus: adverſus coactionem (quæ aliàs in arbitros parata eſſe ſolet *l. 1. §. tametſi. in fi.* cum multis aliis legibus, *ff. de rec. arb.*) ſuccurrendum erit ipſi per in integrum
29 reſtitutionem. *d. l. 41. inf.* & fac. huc *t. 2. ff. de min. 25 ann.* 4. Neuter † poteſt citare litigatores in locum inhoneſtum, puta in lupanar, vel popinam, &c. & citati in talem locum, non coguntur comparere, ſed ſine pœnâ contumaciæ abeſſe poſſunt. *l. 21 quid tamen. § ſed ſi in aliquem* & ibi Bart. *ff. de rec. arb.* fac. huc *l. pen. in f. ff. de I. & I.* ubi etiam jus dicitur locus, in quo prætor jus reddit; non quilibet locus, ſed is, ubi prætor ſalvâ majeſtate imperii & more majorum ius dicere conſtituit. Locus enim inhoneſtus, & in eo comparitio, eſt contra unum
30 ex tribus iuris præceptis, nempe honeſtè vivere. 5. † Sicut judex de eâre ſolâ cognoſcit, ſuper quâ lis conteſtata eſt (neque enim poteſtas eius excedere poteſt ultra id, quod in judicium deductum eſt. *l. 18. ut fundus. ff. comm. divid.*) ita etiam arbiter nihil poteſt facere extra compromiſſum, neque ad eum pertinent, quæ poſtea ſupervenerunt *l. 32. non diſtinguemus. §. ult. & l. 46 de his reb. ff. de recep.*
31 *arbit.* 6. Sicut † iudex debet proferre ſententiam certam. *§. curare. I. de action.* Nam ſententia ſine certâ quantitate prolata ipſe jure nulla eſt. *l. 3. & 4. C. de ſent. quæ ſine certa quant. prol. eſt* (verbi gratia, *quantum ei debes, redde*: item *pro eâ parte, quam creditoribus tuis ſolviſti, accipe*: item *diviſioni veſtræ ſtari placet.* Qualis etiam fuit illa Claudii Imp. ſententia, quam ex tabellâ pronunciabat de quodam negotio: *ſecundum eos ſentio, quæ vera propoſuerunt*, ut eſt apud Sueton. *in eius vitâ.*) Ita & arbiter inutiliter dicit ſententiam incertam. *l. 21. quod tamen § Pomponius. ff. de rec. arb.* ubi ſunt exempla incertæ ſententiæ. Ratio cur certa eſſe debeat ſententia utrobiq;, tàm in judiciis, quàm in arbitriis, eſt quia alioquin non poteſt officio ſuo fungi: non poterit, inquam, controverſiis finem imponere, ſed potius lites ex litibus naſcentur: quod tamen legislator & prætor omnibus modis cavere & avertere debet *l. 21. quidam. ff. de reb. cred. cum ſim.* Certa autem ſententia eſt non tantùm ea, quæ certam rem vel quantitatem ipſa continet atque exprimit nominatim: ſed etiam quæ ſe refert ad libellum conventionis, vel ad inſtrumentum obligationis in judicio prolatum atque recognitum, vel ad aliquam partem actorum, vel etiam ad leges & jus publicum. *d. l. 3. C. de ſent. quæ ſine cert. quan. prol. eſt. l. 5. §. ult. & l. 59. in ſententiis ff. de re iudic.* & fac huc *l. 6. cer-*
32 *tum eſt ff. de reb. cred.* 7. † Sicut incerta ſententia in utroque improbatur, &

in arbi-

Digitized by Google

in arbitro, & in judice, ut modo dictum: ita & semiplena. Oportet enim & judicem & arbitrum plenam proferre sententiam, quæ totam controversiam definiat. *l. 19. ff. de rec. arb. & l. 9. C. de iud. l. 3. & l. 5. C. Th. de sent. ex per. recit.* Hinc Augustinus *in Breviloquio suo de Donatistis, collat. 3.* ait: *Legibus iudices prohiberi semiplenam proferre sententiam.* 8. Sicut † nemo in sua causa judex esse potest. *l. 7.* 33
Iulianus. in fin. ff. de iudic. l. 10. qui iurisdictioni. ff. de Iurisdict. & extat. 13. ff. quod met. causa. l. 1. C. ne quis in suâ causâ iudicet. ita neque arbiter in suâ causâ quisquam esse potest. l. pen. ff. de rec. arb. ubi & ratio additur à Martiano, quia nec imperare sibi, neque se prohibere quisquam potest. Dicitur quidem vulgò, quisque sibi imperare, vel seipsum in potestate cavere, vel se prohibere quò minùs quid faciat: verum huiusmodi locutiones sunt impropriæ. Nam omne imperium propriè dictum adversus alium exercetur, non in seipsum. Potest & alia ratio assignari huius iuris; cur, inquam, in suâ causâ nemo neque iudicare, neq; arbitrari possit: nempe hæc: quia amor sui plerosque mortales transversos agit & cæcos reddit in rebus propriis: unde nihil aliud expectandum foret, nisi ut perversa proficiscerentur judicia & sententiæ, sive arbitria. Dicitur quidem is, cui jusjurandum delatum est ab adversario, judex in suâ causâ ab eodem constitutus. *l. 1. in pr. ff. quar. rer. act. non detur.* Sed impropriè hoc dicitur. Non enim ipse, qui jurat (verbi gratia sibi deberi ab adversario centum; vel rem suam esse, qua de agitur) propriè loquendo in suâ causâ judicat: sed tantùm judici secundum se pronunciandi occasionem præbet: & jusjurandum non tàm sententiæ loco est, quàm probationis, vel ab onere probandi aliquem relevat. 9. † Sicut tribus 34
judicibus fortè datis, quod duo judicaverunt absente tertio, nihil valet: ita & arbitrium non valet, si cum in tres fuisset compromissum, duo arbitrantes consenserint, tertio absente. *l. 17 item si unus. §. ult. & l. seq. ff. de rec. arbitr.* Fuit enim in plures compromissum, & fieri potuit, ut absens, si ad fuisset, auctoritate suâ & rationibus cæteros in suam sententiam pertraxisset. Hinc & Rob. Maranta rectè ait: quando plures sunt judices delegati, item plures arbitri, non posse unũ sine alio procedere. *part. 4. de ord. iud. dist. 5. num. 30. & 31.* Sed si plures sint judices ordinarii, tunc posse unum sine alio procedere. Nam in his unumquemque habere officium in solidum. *l. Imp. ff. ad munic.* in illis non item. 10. † Quemad- 35
modum judex, posteaquam dixit sententiam, in eâ causâ judex esse desinit, nec potest mutare sententiam suam definitivam: quia semel officio suo perfunctus est, seu benè, seu malè. *l. 55. Iudex ff. de re iud.* cuius iuris ratio hæc est, non quia non liceat corrigere & retractare errorem, si quem semel commiseris: sed quia reip. interest, ut rerum judicatarum sit auctoritas constans & firma. *arg. l. pen. ff. de l. & l.* Sic etiam arbiter, postquam condemnavit vel absolvit Reum, arbiter esse desinit. *l. 19. qualem. §. ult. ff. de rec. arb.* 11. † Sicut judex potest interlocu- 36
toriam suam mutare aut corrigere. *l. 14. quod iussit. ff. de re iudic.* ita arbiter quoq; mutare potest, quod jussit aut vetuit ad causæ præparationem pertinens, non verò ad finiendum arbitrium. *d. l. 19. qualem. § ult. ff. de rec. arb.* In qua lege obiter notandum; laudari Cassium, qui benè excusarit sententiam magistri sui.
12. † Sicut judicis sententiæ etiam injustæ, & jus partis lædenti parendum est. 37

arg.d.l.pen.ff.de I.& I. idque propter auctoritatem rei judicatæ: dummodò non expreſſum errorem juris contineat. Nam tunc ipſo jure eſſet nulla. *l. 2. & l. 3. & ibi gl. fin. C. quan. provoc. non eſt nec. & l. 1. ff. quæ ſent. ſine appell. reſc.* Ita arbitri quoq; ſententiæ, ſive æqua, ſive iniqua ſit, ſtandum eſt *l. 27. diem. § ſtari. ff. de rec. arbitr.* ubi etiam refertur pars reſcripti D. Pij: *vel minùs probabilem ſententiam æquo animo ferre debet, qui compromiſit.* Hîc non illa eſt ratio, quæ in ſententia judicis, nempe auctoritas rerum judicatarum: neque enim ſententia rem judicatam facit, nec judicati actio inde naſcitur, ſaltem directa, utilis fortaſsè datur: aliam itaque rationem Ulpi. reddit *in d. l. 27. diem.* quia ſcilicet ſibi imputet, qui compromiſerit. Nemo enim compromiſſum facere cogitur, ſicut neque recipere arbitrium; ſed poſteaquam ſemel quis fecerit compromiſſum, vel receperit arbitrium, jam reſilire ampliùs non poteſt. Cui ſimile eſt, quod mandatum quoque non ſuſcipere cuilibet liberum eſt, ſed ſuſceptum conſummandum eſt. *tit. Inſt. de mand.* Ita, inquam, res habet, in compromiſſis & arbitris. Sed ad judicem etiam invitus ſæpè quis adigitur: ex quo judicium dicitur, redditum invitum. *l. 83.*
38 *inter ſtipulantem in pr. ff. de V.O.* 13. & ult. † Sicut judicis ſententiam exequitur prætor, ſic etiam arbitri. *l. à D. Pio 15. ff. de re iud.* Ipſe judex, & arbiter ipſe, à ſe dictam ſententiam exequi non poteſt: quia executio non fit ſine aliquo imperio: judex autem & arbiter, ut homines privati, imperium & jurisdictionem nullam habent, ſed tantùm notionem, ſive ſimplicem cauſæ cognitionem: Imperium & jurisdictio magiſtratus propria ſunt. Cui conſequens eſt, ut ſi judex ſimul etiam ſit magiſtratus, aut ſi compromiſſum fuerit in eum, qui magiſtratu aliquo fungitur, ſicut fieri poſſe ſupra dixi: quamvis id fiat ratiùs: eo caſu ipſosmet ſententias à ſe dictas, poſſe executioni mandare, non tamen quà judices vel arbitri ſunt, ſed quà magiſtratus. Hodiè ex Jure Canonico contra jus civile receptum eſt, ut judices delegati ab ordinariis, etiam à principe, ipſi poſſint exequi ſententias ſuas. *c. cum ab Eccl. extr. de offic ordin. iudicis. cap. quærenti c. ſignificaſti. & c. ex literis. extr. de offic. deleg.* Qua de re etiam aliquid attuli *in tract. differ. utriusque Iur.*

Cognovimus jam differentias & ſimilitudines Judicii & arbitrii, item judicum & arbitrorum. (Nam qui dicit concretum, dicit etiam abſtractum) Obſer-
39 vandum † eſt autem quod Interpp. conſtituerunt tres ſpecies Arbitrorum: quorum primi ſimpliciter *arbitri* dicantur: alii *arbitratores*: alii denique *arbitri juris*. Simpliciter dicti *arbitri*, vel etiam *arbitri compromiſſarii*, item *judices compromiſſarii*, ſunt, de quibus hucuſque egimus, & de quibus agitur *ſub tit. ff. de rec. arbit. & t. C. eod. Arbitratores* verò vocant amicabiles cõpoſitores, (Gedichts-leut) qui ſine aliquo juris ordine dirimunt lites, quorum arbitramentum eſt inſtar transactionis cujusdam. *Arbitros Iuris* vocant, qui ex neceſſitate legis vel ſtatuti, & non ex propriâ voluntate partium eliguntur: puta quando judex recuſatur tanquam ſuſpectus, eligi debent arbitri ad cognoſcendum de cauſis ſuſpecti, idque ex neceſſitate juris: item ſi ſtatutum aliquod jubeat cauſas inter conjunctos compromittere. Qui tunc arbitrantur, hi neque ſimpliciter *arbitri*, neque *arbitratores* dicuntur, ſed *arbitri iuris*. Videantur plenè Bartolus & alii.

Digitized by Google

Dd.communiter, *adl.si quis arbitratu.43 ff.de V.O.& adl.si societatem.76.§.arbitrorum.ff.pro soc.& in l.22.§.generaliter.ff.de R.I.* Maranta *de ord.iudic.part.4.dist.14.num.2.& seqq.* Sed huic communi traditioni & distinctioni oppositi se Joh. Corrasius *lib.4.Miscell.c.18.* ubi contendit & ipsum nomen arbitrorum, & rem sive notionem huic verbo subjectam, esse commentitiam, & falsum esse, quod per manus traditum est arbitratores versari circa litium cognitionem & definitionem: cùm potius ad contractus, aliosque actus extrajudiciales & negotia adhibeantur: verbi gratia in emtione venditione, ut æstiment precium illius rei, de quâ vendendâ tractatur: in societate coëundâ, ut partes lucri vel damni definiant: in manumissione, ut æstiment ac definiant operas, quas patronus liberto imponere, & ab eo stipulari cogitat: & sic in aliis negotiis similibus, in quibus nulla est lis. Sed hoc ipsum non video à Dd. qui arbitratores distinguunt ab arbitris, negari. Ibidem † quoque Corrasius *in Rubr.tit.de receptis*, legendum 40
putat, non, ut vulgo omnes libri habent, *arbitris*, sed *arbitriis*: quia scilicet arbitri non rectè dicuntur recipi, sed adiri & eligi à partibus: arbitrium verò abarbitro recipiatur. Sed neque hic assentiendum est Corrasio legenti, *de receptis arbitriis*: quia plenior tituli conceptio hæc est: *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.* Vulgò tamen brevitatis studio sic titulum allegamus, *de receptis arbitris*, tametsi à compositoribus Pandectarum ille non sit. Porrò † idem Corrasius *in l.76.si societatem.§.arbitrorum.ff.pro socio*, corrigendum pu- 41
tat, legendumque *arbitriorum*, pro *arbitrorum*: qua mutatione non puto opus esse. Dn. Cujacius † *ad Nov.86.* arbitrum alium facit honorarium, alium re- 42
ceptum: sicut & Cicero *in libello de fato*, honorarium arbitrum appellat, & alibi passim. Ita autem distinguit Cujacius inter honorarium & receptum arbitrum: ut judex possit esse honorarius arbiter eius rei, de qua judex est, non etiam receptus arbiter. *l.9.§.1.ff.de rec.arb.* quamvis receptus arbiter postea judex esse possit eiusdem causæ. Exemplum affert ex *oratione Cic. pro Roscio Comœdo*: Nam in ea causâ Piso judex fuit, non obstante eo, quod anteà fuisset receptus arbiter.

Plura † de arbitris videri possunt apud Petrum Gregorium Tholosanum *in* 43
syntag.jur.univ.lib.47.c.39. & in Ref. Norimb. *part.1.t.9. per octo integras leges*, Von Compromissen/Hindergengen/vnd Anlaß. Observentur, † etiam variæ ap- 44
pellationes, quibus Germani arbitros denotant, ut sunt, Schiedrichter / item veranlaste Richter/item Spruchleut vnd Obmänner.

CAP. VI.

De judicis personâ & officio: deque recusatione suspecti.
Ad Novell.82.

SUMMARIA.

1 *Qua requirantur ut index sit idoneus.*
2 *Propositio dicendorum.*
3 *Primum iudicis requisitum: auctoritas publica, usq; ad num.33.*
4 *Duo iudicum genera.*
5 *Notionis vocabulum πολύσημον.*
6 *Index cognoscere potest, exequi non potest: nisi sit magistratus.*

7 *De*

Digitized by Google

7 *De vocabulo cognitionis.*
8 *Distinctio Iudicum Vulgaris, in ordinarios & delegatos.*
9 *Qui iudicem dare possint? & num. seqq. usq; ad 33.*
10 *Iudicem dare potest magistratus: non magistratus, non potest.*
11 *De præfecto urbi, in specie.*
12 *Vera lectio in l. ult. ff. de offic. præf. urb. asserta.*
13 *De aliis magistratibus urbanis: Consule, prætore, quæstore &c.*
14 *De provincialibus magistratibus, proconsule & præside.*
15 *Procurator Cæsaris regulariter iudicem non dabat.*
16 *Qui mandatam iurisdictionem habent iudicem dare possunt & num seqq. usq; ad 23.*
17 *De legatis proconsulum.*
18 *L. fin. ff. de offic. eius cui mand. est iurisd.*
19 *Aliud est mandare iurisdictionem: aliud iudicem dare vel delegare.*
20 *Cur mandatam iurisdictionem habens, iudicem dare possit: mandatam verò iurisdictionem sibi mandatam non possit?*
21 *L. 13 ff. de iurisdict.*
22 *Mandatam iurisdictionem habens, pro magistratu est.*
23 *Quomodo illi qui nullam habent iurisdictionem non possint dare iudicem? & nu seqq. usq; ad 30.*
24 *Privati non posse dare iudicem.*
25 *Licet prorogare iurisdictionem habenti possint.*
26 *Ne quidem magistratus potest iubere iudicare eo die, quo ipse privatus est futurus.*
27 *Iudex datus, sive pedaneus, iudicem dare nequit: & de l. 5. C. de iudic.*
28 *Nisi a principe datus fuerit.*
29 *Municipales magistratus non possunt dare iudices.*
30 *De l. 21. ff. de iudic.*
31 *Iudex non datur nisi à magistratu maiore, vel superiore.*
32 *Qui potest iubere iudicare, is & vetare potest.*
33 *Quinam dari & esse iudices possint? Quid est alterum requisitum iudicis. usq; ad num. 76.*
34 *Distinctio eorum qui iudices esse prohibentur in tres classes. iuxta l. 12 ff. de iudic.*
35 *Qui naturâ impediuntur esse iudices. usque ad num. 49.*
36 *De surdo & muto.*
37 *De furioso.*
38 *Furor superveniens iudici, ab initio rectè dato officium iudicandi non adierit, necessitatem autem remittit. & n. 42. ubi ratio utriusq;.*
39 *Furor morbus sonticus appellatur.*
40 *Lectio l. 46 ff. de iudiciis, contra Duarenum asserta.*
41 ADDICI & ADDICTUS *rectè dicitur iudex datus.*
43 *In furiosum compromitti non potest.*
44 *Impubes non potest dari iudex.*
45 *An pubes viginti quinque annis minor, iudex dari possit? usq; ad num. 50.*
46 *L. 41 ff. de recept. qui arbit. recep.*
47 *L. 5. ff. de re iudic.*
48 *Æquitatem rigori iuris præferunt Iurisconsulti.*
49 *An l. 57. de re iudic. de quovis Minore, an verò de eo qui octodecim annorum sit, intelligenda?*
50 *Lege prohibetur iudex dari qui senatu motus est usq; ad num. 54.*
51 *Quid per* TURPITUDINEM *in l. 1. ff. de senat. intelligendum?*
52 *Cur senatu motus, à iudicando & testimonio dicendo arceantur legibus Romanis?*
53 *Ob eandem turpitudinem nec arbiter quis esse potest.*
54 *Quinam moribus prohibeantur dari iudices. usq; ad num. 58.*
55 *Cur fœminæ & servi moribus Romanis à iudicandi munere arceantur?*
56 *Exceptiones quædam, ad fœminam pertinentes.*
57 *An etiam mulieri rectè committatur magistratus? remissivè.*
58 *Filius familiàs dari iudex potest.*
59 *An filius familiàs in causâ patris, aut pater in causâ filii familiàs iudex dari possit? & de conciliatione l. 77 ff. de iudiciis, ac l. 10. ff. de iurisdictione.*
60 *Cæcus iudex dari, & iudicandi munere fungi potest usq; ad num. 68.*
61 *Ratio, a naturâ & conditione cæcitatis ac cæcorum.*
62 *Obiectio prima ex l. 1. §. casum in fine. ff. de postulando.*
63 *Cur cæcus magistratus creari non possit: possit dari iudex?*
64 *Cur ob supervenientem cæcitatem remoti à magistratu, vel à senatorio ordine removeri.*

veri debeat?

65 Obiectio secunda; de sententiâ ex periculo recitandâ

66 Tertia obiectio; de testium examine, & oculari aspectu.

67 Quarta obiectio: à comparatione cum surdo & muto.

68 An imperiti literarum & iuris, iudicandi munere fungi possint?

69 Argumenta in sententiam negativam.

70 Rationes pro affirmativâ.

71 Decisio.

72 An iudices dari possint ex numero advocatorum?

73 Sententia negativa Alciati.

74 Sententia affirmativa, sed cum distinctione, Deciani.

75 Comprobata ab Auctore nostro.

76 De recusatione iudicis suspecti: ubi tertium iudicis requisitum tractatur. usque ad nu. 114.

77 Ius iudicem suspectum recusandi antiquissimum & aequissimum est.

78 Recusari potest iudex pedaneus, non etiam ordinarius & magistratus.

79 Iusta causa recusandi iudicis: usque ad numer. 103.

80 Ad duo summa capita revocata: amicitiam & inimicitiam iudicis.

81 Ex amicitiæ intuitu, l. causa: si quis in causâ propriâ iudex sit aut esse velit. & numero 84.

82 Exceptio: nisi princeps superiorem non recognoscens controversiam cum subdito habeat.

83 Exceptio alia: nisi is qui iurisdictioni ordinariæ praest, contumeliam sibi publicè illatam vindicet.

84 Ampliatio primæ causæ sive regulæ, num. 81. propositæ si causa vel per consequentiam ad iudicem pertineat.

85 II. Recusationis causa: si iudex alteri parti sanguine aut affinitate iunctus sit.

86 III. Causa: magnâ cum alterâ parte familiaritas, aut nimius favor.

87 IV. Causa: similitudo litis quam iudex cum alio habeat.

88 V. Causa: si iudex in eâdem causâ fuerit advocatus, vel assessor, vel procurator.

89 VI. Causa: si iudex in eâdem causâ consultus propalaverit votum suum pro alterâ parte.

90 VII. Causa: si iudex in eâdem causa testis fuerit.

91 VIII. Causa: si iudex datus fuerit ad petitionem alterius partis.

92 De can. 4. Iudices. c. 11. q. 1.

93 IX. Causa si ipse iudex procuraverit se impetrari, datique.

94 X. Causa: si idem qui fuerat iudex in primâ instantiâ, etiam sit iudicaturus in secundâ.

95 Sequuntur causæ recusandi ob odium sive inimicitiam iudicis cum altero litigatorum.

96 I. huius generis causa: si iudex inimicus sit alterius partis,

97 Signa istius inimicitiæ, & animi alienati.

98 II. Causa: si iudex sit subditus, aut vasallus, aut vicarius eius qui alterius partis inimicus est.

99 III. Causa: si à iudice in hac aliâve causâ fuerit appellatum.

100 Ampliatio huius causæ, in inimico reconciliato.

101 Causæ quædam aliæ recusandi iudicis: quæ neque ad amicitiam, neque ad odium commodè referri possunt.

102 Summa causarum recusandi iudicis.

103 Forma seu modus recusandi iudicis.

104 Probatio causæ recusationis, non requiritur iure civili, requiritur autem iure canonico: & rectè

105 Quo tempore opponenda recusatio iudicis suspecti? usq; ad num. 113.

106 Recusatio iudicis non solùm litis contestationem, sed etiam omnes alias exceptiones dilatorias præcedere debet.

107 Nisi postea demum nova aliqua causa emerserit.

108 L. Apertissimi. C. de Iudiciis, limitata.

109 Opponenda recusationi dies viginti post oblationem libelli Iustinianus præscripsit.

110 Qui post oppositam recusationem coram eodem iudice litigare pergit, recusationi renunciasse videtur, nec ad eam reverti potest.

111 Quis cognoscat de causâ recusationis, an iusta sit &c.

112 Iure Canonico, arbitri post recusationem electi, de causa recusationis cognoscunt: at iure civili, de causâ principali.

113 De effectu recusationis iudicis suspecti.

114 De officio iudicis usque ad finem capitis.

115 Officium iudicis aliud universale seu generale, aliud particulare seu speciale, &c.

116 *De universali officio judicis præcepta. & num seqq.*
117 *I. In judice timor* DOMINI *inesto.*
118 *II. Judex boni & innocentis viri officio fungitor*
119 *III. Judex à sordibus abstineto. muneribus se corrumpi non patitor.*
120 *Aliud licet Advocato, & inscio perito; aliud judici.*
121 *IV. Judex omni modo cum veritate & legũ observatione judicium dispensto.*
122 *V. Eaque se præstiturum, jureiurando se adstringito.*
123 *Religio judicis cur toties in jure nostro appelletur.*
124 *Jurisiurandi judicium formulæ elegantes in ducatu Brunsvicensi, & Palatinatu.*
125 *De specialibus præceptis officii judicis, καὶ ἀναδιώξει.*
126 *Sylloge aliorum præceptorum generalium de officio judicis: usque ad finem cap.*
127 *Dicta præclara S. Ambrosii & S. Augustini, ad officium judicis pertinentia.*
128 *Judex lites minuat.*
129 *Ad concordiam partes reducere studeat.*
130 *Provideat, ne frustra vexentur partes laboribus & expensis, neve lites immortales fiant.*
131 *Non sinat judicium coram se agitatum fieri elusorium.*
132 *Sit omnibus in rebus circumspectus & discretus.*
133 *Non aliter judicet, quàm legibus proditum est.*
134 *An secundum acta & probata an verò secundùm conscientiam judicare debeat? remissivè.*
135 *An & quatenus secundum communem opinionem debeat judicare?*
136 *Non impertiat officium, nisi rogatus.*
137 *Interloquendo caveat, ne motum animi sui, & quid sentiat pandat in secunda sententiâ.*
138 *Non ad multitudinem testium, & ad eas quibus veritatis lux assistit, respiciat.*
139 *Non simul sit testis, aut advocatus.*
140 *Operam det ne judicium claudicet, neve acceptionem habeat personarum.*
141 *Non patiatur aliquem coram se litigare calumniandi animo.*
142 *Ne faciat ipse, quod alii prohibet.*
143 *Non præcipites sententiam sed maturè diuque deliberet.*
144 *An potiùs secundum leges scriptas, an verò secundum id quod sibi justum & æquum videtur, judicare debeat?*

1 LAtissimè patet locus de Personâ judicis. Multa † enim requiruntur ad hoc, ut judex sit idoneus: quæ tamen ferè omnia ad hæc quatuor capita non incommodè revocantur: I. ut auctoritate publicâ præsit judico: hoc est, ut vel ipse habeat jurisdictionem, vel datus sit ab eo, qui judicis dandi licentiam habuit. II. ut datus sit is, qui dari potuit, neque ex numero illorum sit, qui judices esse prohibentur, de quibus verè agit Paulus in *l. 12. cum prætor. ff. de judic.* III. ut sit judex competens in eâ causâ, de quâ agitur, hoc est, ut ipsius sit eâ de re notio sive cognitio. IV. ut non sit ex justâ aliquâ causâ suspectus, ob quam possit recusari ac reiici: ubi multa occurrent memorabilia de recusatione judicis. Sed tertium horum videtur potius pertinere ad locum de foro competente, de quo infra dicemus *sub alio cap.* In
2 præsentiâ † videbimus de cæteris tribus, ut nimirum scire possimus, quænam illa sint, quæ legitimam & idoneam faciant judicis personam, vel quas ob res persona alicujus non sit idonea ad judicandum. Quibus expositis nonnulla etiam de officio iudicis aspergemus.

3 Primum † judicis requisitum hoc esse dixi, ut quis judicio præsit, auctori-
4 tate publicâ constitutus. Observentur † autem duo judicum genera: unum eorum, qui habent jurisdictionem; alterum eorum, qui à prioribus illis dati, tantum habent notionem, non etiam jurisdictionem. *arg. l. pen. ff. de judic. & l. 5. ff. de re*

Digitized by Google

ff. de re jud. & l. ult. in pr. C. ubi & ap. quem cogn. in int. rest. ag. sit. Eôdem videtur pertinere etiam illa divisio, qua Imp. in Novellis facit alios judices *majores*, alios *minores*. Notionis † vocabulum ex eo numero est, quæ nunc generis si- 5
gnificationem habent, nunc speciei: qualia multa sunt in jure nostro. Huc pertinet *l. 99. in pr. ff. de V. S.* ubi Ulpian. inquit: *notionem accipere possumus & cognitionem & jurisdictionem.* Ecce hoc loco, ut etiam in *d. l. 5. ff. de re jud.* unum idemque verbum modò generaliter accipitur, modò in specie Quicunque igitur habet jurisdictionem, is etiam habet notionem, id est judicandi facultatem: non autem contrà, quisquis judicandi habet facultatem seu notionem, idem mox jurisdictionem quoque habebit. Nam jurisdictio propriè est magistratus: sed judex etiam privatus esse potest, ut supra exposui. Ex quo † illud sequi- 6
tur, judicem cognoscere quidem posse, & pronunciare sive judicare, imò etiam cogi id facere. *l. 74. de quæst. ff. de judic.* cùm judicandi munus sit publicum, & necessarium *l. ult. § defensores. ff. de muner. & honor. l. 78. quippe. ff. de judic. & l. 2. ff. de R. I.* Sed rem à se judicatam judicem exequi non posse: executio enim cum sit imperii, ad magistratum pertinet, qui judicem dedit. *l. à D. Pio. 15. ff. de re judic.* Sed si magistratus ipse judicet, ipse etiam judicatum exequetur. Nam cur alibi unde expectet potestatem, quam ipse domi habet? Quod autem dixi, magistratum posse etiam ipsum judicare, id satis probatur: quia potest alium dare judicem litigantibus. *l. 1. in f. ff. de jurisdict.* Quidni ergo ipse quoque possit causam cognoscere si velit, & judicare? arg. regulæ juris, *nemo plus iuris in alium transferi, quàm ipse habet. l. nemo plus. ff. de Regulis I. & l. 4. §. ult. ff. de effic. proconsl. cũ similibus.* Imò etiam quando magistratus dedit judicem, per hunc ipse judicare videtur; nam quod quis per alium facit ipse gessisse videtur. *l. 5. §. 1. ff. de admin. tut. cum sim. l.* Est † & hoc observandum ex *d. l. 99. ff. de V. S.* notionem & cogni- 7
tionem sæpè promiscuè pro eodem usurpari, quod etiam comprobatur per *l. 74. de quæst. cognoverit. ff. de judic.* Tametsi cognitionis verbum alicubi etiam aliter accipiatur, ut *l. ubicunque. ff. de R. I. l. 2. §. dies. ff. quis ordo. in bon. poss. serv. cum sim. l.* & de cognitione prætoria dixi supra *cap. præc.* Solent † autem vulgò 8
pro illa divisione judicum, quæ in jure civili extat interpretes hanc perpetuò in ore habere, qua alios faciunt judices *ordinarios* alios *delegatos*: quibus & *subdelegatos* addunt. De quâ divisione ex Jure Pontificio sumta, etiam agit P. Gregorius Tholosanus *in syntag. iuris universi. d. l. 47. Ordinarios* judices vocant, qui habent jurisdictionem propriam, usitatam, ac perpetuam, attributam sibi à lege, vel consuetudine, vel à supremo principe, qui est velut fons omnium dignitatum, potestatum & jurisdictionum, ut solent Feudistæ dicere. *Delegatos*, qui & *commissarios* hodiè appellantur; quibus vel mandata est jurisdictio, vel qui tantum judicandi munere funguntur. Videatur *tit. Decretal. de offic. iud. ordinar.* & alter *tit. de off. & pot. iud. deleg.* item Bartolus & Dd. *ad l. 1. & l. 3. ff. de offic. eius, cui mand. est iurisd.* denique Donellus *lib. 17. comm. c. 6. in f.*

His præmissis proximum est videre: 1. qui judices dare possint. 2. qui judices dari possint, vel non. De utroque capite conjunctim agit Paulus *in d. l. 12. cum prætor. §. 1. & seqq. ff. de iudic.* De † priori quidem hæc ipsius est regula: 9

Iudicem dare possunt, quibus hoc conceditur lege, vel constitutione, vel Senatusconsul-
10 *to, vel more.* Poterat etiam hoc dici brevius & clarius, nempe, † *judicem dare potest is, qui habet Iurisdictionem*, sive *magistratus. arg. l. 1. in f. & l. 3 in f. ff. de iurisd.* ubi dicitur jurisdictionem esse etiam judicis dandi licentiam: & in *l. 13 ff. de jurisdict.* dicitur, *eum qui judicare jubet, magistratum esse oportet.* Et quidem non municipalem magistratum, sed vel urbanum, vel provincialem: Hæc enim in jure nostro tria magistratuum genera reperiuntur: magistratus *urbani*, magistratus *provinciales*, & magistratus *municipales.* Provinciales, propriè dicuntur *potestates*: ut testatur Cujacius *in comm. postumis ad l. 12. ff. de iudic.* Sicut municipales magistratus sæpè absolutè *magistratus* dicuntur, ut *tit. de magistratibus conveniend.* In utramque verò partem valet regula modò tradita, tàm affirmativè, quàm negativè: Nam & eum qui judicem dare vult, & jubere judicare, jurisdictionem habere, sive magistratum esse oportet: & contrà, qui non habet jurisdictionem, sive qui non est magistratus, judicem dare non potest Ratio, quia qui dedit judicem, is etiam debet habere potestatem cogendi eum, si fortè nolit judicare, ut suprà dictum hanc autem potestatem cogendi nemo habet, nisi magistratus. De magistratibus non est dubium, quin possint judicem dare, sive urbani sint, sive provinciales, quorum illis more id concessum esse ait Paulus *in d. l. 12.* id est, more majorum, sicut aliàs plenius dici solet. Propter vim scilicet imperii, nempe mixti, quod jure magistratus competit, & cohæret jurisdictioni, sive ei immixtum est, ita ut nunquam ab ea separetur. Nam sine imperio mixto
11 nulla est jurisdictio, ut alibi latius explicatur. Præ † cæteris autem magistratibus nominat Paulus præfectum urbi, de cujus officii partibus extat *t. t. ff. de off. præf. urbis.* Et † in *l. ult. eod. t.* observanda est vera lectio, nempe hæc: *præ-*
12 *fectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet: nec extra urbem potest iubere judicare.* ut annotavit Gothofr. ex MSS. Colladonii. Nam vulgata lectio affirmativa, qua omittitur particula N E C, satis repudiatur etiam ab ipso contextu dictæ legis. Sic † alii quoq; magistratus urbani, cujuscunq; sint ordi-
13 nis, judicem dare possunt: ut consul, prætor, quæstor, &c. *l. 1 §. denique ff. de appell. & l. 13. eum qui. ff. de iurisd. l. 1. & l. ult. ff. quis à quo appelletur.* Ex † provin-
14 cialibus magistratibus nominat Paulus Proconsulem, non ideò, quòd hic solus judicis dandi potestatem dabeat, sed exempli tantùm gratia Exempla verò non restringunt regulam. Alioquin etiam præses seu Rector provinciæ eandem potestatem habet. Sed † procurator Cæsaris Judicem non dabat. *l. 23 ex consen-*
15 *su. §. 1 ff. de appell.* Nisi vice præsidis ageret. *l. 1. C. de pedan. judic.* sive nisi partibus præsidis fungeretur. *d. l. 23.* Qualis fuit Pontius Pilatus, de quo videatur Cujacius *lib 19. observ. c. 13.* & I. Lipsius *in com. ad Tacit.* Non tantum † autem hi, qui
16 propriam ac suo jure habent jurisdictionem, verùm etiam quibus mandata est, judicem dare possunt. *Is quoque cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest*, disertè scribit Paulus *in l. 12 §. 1. ff. de iudic.* & exemplum subiicit † de legatis
17 proconsulum, quos constat nihil habere proprium: id est, nullam iurisdictionem suo iure eis competere: nisi à proconsule mandata fuerit eis iurisdictio. *l. 13. legati ff. de offic. proconsul. & leg.* Sed posteaquam ipsis mandata est iurisdictio,

iam ha-

Digitized by Google

iam habent ius dandi iudicis. *l. 12. ff. d. t.* sicut etiam dare tutores possunt. *l. pen. eod. tit. de off. proc.* Non † obstat *l. fin. ff. de offic. eius cui mand. est iurisd.* ubi negat 18
Paulus, eum cui mandata sit iurisdictio, alteri hanc mandare posse. Cuius ratio exprimitur in *l. 1. §. 1. ff. eod.* quia, *qui mandatam iurisdictionem suscepit, is proprium nihil habet.* Quicquid enim habet alienum est, & solum exercitium alienæ iurisdictionis ipsi est commissum. Sed respondendum, † aliud esse *mandare* 19
iurisdictionem, aliud *dare iudicem*, seu *delegare*: quæ duo malè vulgò confunduntur. Prius iure nostro denegatur ei, cui mandata est iurisdictio. *d. l. fin.* posterius autem permittitur eidem *d. l. 12. ff. de iudic.* Differentiæ † ratio est, quia si li- 20
ceret mandare iurisdictionem mandatam, tunc in alterum transferretur, quod is ipse non habet, contra regulam iuris: Jam autem dictum est, eum cui mandata est iurisdictio, nihil habere proprii. Deinde abiretur quoque in infinitum: sed ab infinito adhorret ius, non minus quàm natura. *l. 2. ff. de iuris & facti ignor.* In iudicem verò datum nulla transfertur iurisdictio: sed tantùm facultas cognoscendi. Jurisdictio verò & proinde exequendi facultas remanet penes eũ, qui iudicem dedit. *l. à D. Pio. 15. ff. de re iudic.* Rursum † non obstat. *l. 13. eum* 21
qui. ff. de iurisd. ubi dicitur: magistratum oportere esse eum, qui iudicare iubet. Is verò cui mandata est iurisdictio, non est magistratus: quia magistratus iurisdictionem habet suo iure, & propriam: alter verò nihil proprium habet. Ex quo effici videbatur, quod is cui mandata est iurisdictio, non possit dare iudicem, aut iubere iudicare. Respondendum est enim, quamvis quoad honorem & proprietatem iurisdictionis non sit magistratus cui mandata est iurisdictio: tamen † quia vice & partibus magistratus fungitur, idcirco pro magistratu 22
habendum esse, neque per superiorem regulam *dicta l. 13.* excludi à iudicis datione.

Diximus, eum qui velit iudicem dare & iubere iudicare, magistratum esse debere, aut certè eum, qui pro magistratu habeatur, & partibus ac vice magistratus fungatur: esse enim iudicis dandi licentiam iurisdictionis, & quidem sive propriæ ac suæ, sive mandatæ saltem. Nunc vice versâ videamus, † quo- 23
modo illi, qui nullam habent iurisdictionem, non possint dare iudicem. Tales sunt. 1. homines privati, qui neque magistratum ullum gerunt, neque iudices dati, sive pedanei, sive delegati sunt. 2. iudices dati 3. magistratus municipales. De quibus ordine cognoscamus. Ad † privatos quod attinet, disertum ex- 24
tat rescriptum Diocletiani & Maximiani *l. 3. C. de iurisdict. omn. iud.* privatorum consensum non facere iudicem eum, qui nulli præsit iudicio, nec rei iudicatæ auctoritatem continere, quod is statuerit. Ratio est in defectu iurisdictionis, quia privati destituuntur, & quæ tamen necessaria est ad iudicis dationem. Non † obstat, quod etiam privati, nempe Reus & Actor, possint consentire in ali- 25
quem, & volentes ultrò se subiicere iurisdictioni alicuius, cui aliàs subiecti non essent. *l. 1. & 2. ff. de iudic. & l. 1. C. de iurisd. omn. iudic.* Resp. enim, aliud esse iurisdictionem conferre non habenti, aliud autem subiicere se iurisdictioni eius, qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet: Hoc possunt privati, illud non possunt. Et omninò distinguenda est *datio iudicis* à *prorogatione iurisdictionis.*

dictionis. Datio judicis ademta est privatis eo ipso, quòd est jurisdictionis, quam nullam habent privati : sed prorogatio jurisdictionis permissa est jure nostro;
26 quamvis moribus aliud ferè sit receptum. Usque adeò † autem privati non possunt dare judicem, ut ne quidem magistratus, vel qui in potestate aliquâ est, possit jubere judicare eo die, quo privatus sit futurus : quæ ampliatio extat in *l. 13 eum qui. §. 1. ff. de jurisd.* Nihil enim interest, utrùm ab initio quis privatus sit, cùm iudicem daret, an verò eo tempore privatus futurus sit, in quod iudicatio
27 confertur: Nam res in eum casum incidit, à quo incipere non poterat. 2. † Judices dandi licentiam non habent judices dati, sive delegati, sive pedanei. *l. 5. à iudice. C. h. t.* ubi oportet *iudicem* accipere eum, qui simul etiam sit magistratus : ut rectè annotavit Gothofredus. Nam alius judex, qui non etiam sit magistratus, iudicem delegare non potest propter defectum jurisdictionis. Ratio ibidem additur à Gordiano his verbis : *cùm ipse iudiciaria munere fungatur*, id est, quia datus judex non habet jurisdictionem, cuius etiam est licentia sive potestas dandi judicis: sed tantùm fungitur munere judiciario, id est, notionem dũtaxat habet. Cumque is, cui mandata est jurisdictio, non possit alteri eam mandare. *l. ult. ff. de off. eius cui mand. est jurisdict.* & *l. 5. more maiorum ff. de jurisd.* multò minùs poterit judex datus alterum dare. Ratio consecutionis est, quia cui mandata est jurisdicto, habetur loco magistratus, & vice ac partibus eius fungitur: quod non possumus dicere de judice dato, qui nec pro magistratu habetur, nec
28 propriam, nec alienam jurisdictionem exercet. Exceptio † nobilis ibidem adjungitur, in verb. *nisi à princip. judex datus fuerit*: nisi, inquam, judices à principe specialiter delegante dati, aliis causas delegaverint judicandas, ut loquũtur Impp. Theodos. & Valentin. *l. un. C. qui pro sua iurisdict. iud. da. etiam. poss.* Et hoc est, quod vulgò dicitur; delegatum principis posse alium subdelegare. *cap. ult & ibi Canonistæ. Extr. de off. delegati. cap. pastoralis. eod. t. & c. 18. cùm Bertoldus. Extr. de re judic.* Ratio exceptionis hæc est, quia delegatus à principe major est quolibet ordinario. *Hartman. Hartmanni in obs. pract. tit. 1. obs.* 8. Si igitur judicem dare potest ordinarius, id est, magistratus, ut certè potest, quod supra probavi: multò igitur magis poterit etiam delegatus principis in causâ sibi com-
29 missâ alium dare judicem. 3. † Judicem dare non possunt magistratus municipales. Hi enim hoc tantum habent, primum ut ipsi judicare possint ad certam usque summam: deinde ut modicam usurpare possint coërcitionem in servos. *l. 12. magistratibus. ff. de jurisd.* In liberos verò homines nullam habent iurisdictionem. Quæ de re etiam Cujacius videatur *in comment. ad t. ff. de iud. c.*

Et hæc hactenus de iis, qui dare possint judices : quem locum quasi obsignet
30 † *l. 81. ff. de iudic. qui neque iurisdictioni præest*, inquit Ulpian. (id est, qui non est magistratus) *neque à principe potestate aliquâ præditus est* (ut procurator Cæsaris, vel alii extraordinarii magistratus : item præsides sive rectores provinciarum) *neque ab eo, qui ius dandorum iudicum habet, datus est; nec ex compromisso sumtus: vel ex aliquâ lege confirmatus est; iudex esse non potest.* Quæ lex disertè etiam confirmat, quod supradicebam, posse etiam magistratum ipsum, si velit per se iudicare: quamvis plerunque judicem dare consueverit. Observentur quoque

ex eadem

Digitized by Google

ex eadem l. quinque Judicum genera, quæ satis per se manifestè distincta sunt.
Postremò † hoc quoque addendum: eum qui judicem dare velit alterum, o- 31
portere non tantùm esse magistratum, sed etiam majorem, sive superiorem eo, quem dat: adeò ut si judex ipse eiusdem imperii esse comperit, cuius erat, qui iudicare jussit, eo ipso solvatur iudicium. *l. 51. Iudicium solvitur ff. de iudic.* Ratio est, quia par in parem non habet imperium, multòque minùs inferior in superiorem. *l. 14. est receptum. ff. de iurisd. & l. 13. ille à quo. §. tempestivum. ff. ad SC. Treb.*
Ne † hoc quidem est prætermittendum, qui jubendi jus habet, eundem etiam 32
vetare posse, ne quis judicet. *l. 12. in pr. & l. 58. ff. de iudic.*
Nunc † de iis, qui dari possint judices, videndum restat: Non sufficit e- 33
nim personam dantis idoneam esse, & jus dandi judices habere: Sed oportet etiam eum, qui iudex datus sit, aptum esse ad judicandum. Qui sint apti & idonei ad hoc munus, & qui permittantur dari iudices, sciemus, ubi cognoverimus eos, qui prohibentur. Horum namque certus ac definitus est numerus: illi autem infiniti. *argum. l. 1. in pr. ff. de his qui sunt sui vel al. iur. & l. 8. qui accusare. ff. de accus. & l. 13. nauu. §. 1. ff. de procur. & l. 1. §. 1. ff. de testib. cum simil.* Eorum † igi- 34
tur, qui prohibentur dari iudices, tres veluti classes distinguuntur à Paulo in *l. 12. §. non autem omnes. ff. de iudic.* ubi ait, alios impediri naturâ, alios lege, alios moribus. Si quis διχοτομίαν amet, posset dicere, quosdam prohiberi judicare naturâ, alios jure civili, & sub iure civili comprehendere leges & mores. *Donell. lib. 17. com. cap. 24.* duo facit genera eorum, qui iudices esse prohibentur: Nam primò quosdam prohiberi conditione personæ in totum, alios quidem naturâ, alios legibus. 2. quosdam privatis de causis, incidentibus in eam rem, de quâ agitur, aut in id tempus, quo agitur sive iudicandum est. Sed non omniũ eadem est dividendi ratio, nec ubique διχοτομίαι vel necessariæ sunt, vel etiam haberi possunt: præterea etiam ipsi veteres Jurisconsulti in partitionibus suis sæpè mirificè discrepant. Videamus † igitur primum eas personas, quæ na- 35
turâ impediuntur, id est naturali aliquo defectu, seu impedimento, aut vitio, sive illud à primo ortu ipsis congenitum sit, sive ex morbo aut casu aliquo superveniente. Tales sunt surdus, mutus, perpetuo furore laborans, & impubes. De
† surdo & muto, quare hi non possint iudices dari, vel iudicare, in promtu 36
causa est: quia non postrema est pars muneris iudiciarii audire & cognoscere causas, & utriusque partis iura, ac rerum ordinem plenâ inquisitione discutere: item cuncta rimari, frequenter & litigantes, & testes interrogare: quousq; ad rei veritatem perveniatur, ne aliquid prætermissum fortè remaneat: ut est pulcherrimus textus de officio iudicis, *in can. 11. Iudicantem. 30. q. 5.* & conferatur *l. 9. iudices. C. de iudic.* item *l. 1. C. Th. de iudic.* Jam autem constat hæc à surdo & muto præstari non posse. Quantæ verò absurditates inde existerent, si etiam surdis iudicia committerentur; satis docet vetus Epigramma de duobus surdastris, qui sub iudice multò etiam magis surdo aliquando causam egisse perhibentur, *in Antologiâ vett. Epigr.* Neque est, quod quis existimet, posse surdos & mutos fungi suo munere interrogandi & cognoscendi per literas sive tabellas. Nam præterquam quòd ea res plena esset ambagibus; fallax quoque & lubrica admodum

admodum foret nec tàm benè hoc adminiculo perveniri posset ad veritatis latebras, ipsáque ut dici solet, causarum cubilia, quàm beneficio vivæ vocis: cujus major est efficacia, teste Plin. *in Epist.* & D. Hieronym. *in suis Epist.* Multum enim valet vultus, dicentis, in quo vel constãtia, vel trepidatio hominis elucet, ut est apud Ciceronem. De muto etiam hæc est insuper ratio peculiaris, quia is neque interloqui, neque sententiam recitare potest: quorum utrum que aliàs judici incumbit. *t. t. C. de sent. ex peric. recit. & ist. Inst. de offic. ind.* Quamquam plerunque sunt coniuncta hæc duo vitia, ut qui surdus est, simul etiam sit mutus.
37 *l. 10. discretis & ibi Dd. C. qui test. fac. poss.* De † furioso, quare is non possit esse judex, item manifesta est ratio: quia nulla est eius voluntas, nullum etiam animi judicium item quia mente caret. §. *præterea. I. quibus non est perm. fac. test. l. 40. furiosi. ff. de R. I.* Ideoque nullum negotium gerere potest. *l. 5 ff. de R. I.* Cum privatim nihil rectè gerat, multò minùs poterit administrare munus publicum quale est judicare. *l. 78. quippe. ff. de iudic.* Sicut autem non potest furiosus esse iudex, ita neque sententia ei dici potest, vel à judice vel ab arbitro. *l. 9. ff. de re. iudic.* Observandum est autem, quod à judicando removemus perpetuò furiosum. *l. 12. §. non autem omnes. ff. de iudic.* Nam qui dilucida habet intervalla furoris, eum dari, & per tempus remittentis furoris, cum sanæ mentis effectus est, judicare posse; nihil prohibet. *l. 39. cum furiosus. ff. de iudic* cùm possit etiam testamẽtum facere. *l. 9. C. qui test. fac. poss.* & alia. non minùs, quàm quivis sanæ mentis homo. Dari, inquam, posttalis judex, qui intervalla habet, sive in quo furor remittit, etiam in ipso furore. Etsi enim furiosus habetur loco ablentis. *l. ubi. 124. §. 1. ff. de R. I.* tamen ad hoc, ut judex quis rectè detur, non requiritur ipsius, qui datur vel scientia vel præsentia *d. l. 39. ff. de iudic.* Dices, quare non est necessaria ipsius scientia? quia consensus eius non expectatur: cùm possit etiam cogi ad judicandum, captis scilicet pignoribus, vel multæ dictione, vel aliis remediis tuendæ jurisdictionis: inter quæ est etiam carcer. Est enim judicandi munus
38 publicum. *l. 74. de qua re. & d. l. 78. quippe. ff. de iudic.* De † furore superveniente judici ab initio rectè dato, quæritur, utrum facultatem iudicandi adimat ipsi, an relinquat? Et ait *l. 46. index datus. ff. de iudiciis.* Judicem datum licet furere cœperit, permanere tamen in eodem officio: cùm ab initio rectè datus sit: necessitatem tamen iudicandi remittere ei
39 † morbum sonticum. Ita vocat Jurisconsl. furorem: quia videlicet cuique rei nocet, ac rei agendæ impedimento est. *l. 113. morbus sonticus, & ibi Dd. de V. S. & l. 60. quæsitum est. ff. de re iudic. & l. ult. §. 1. ff. de ædil. ed.* Et in XII. Tabb. quoque morbum sonticum fuisse nominatum, di-
40 scimus ex Ulpian *in l. 2. §. si quis in iudicio. ff. si quis caut.* Legendum † autem est in *d. l. 46. rectè iudex ab initio additus, &c.* quomodo etiam in *l. 80. si in iudicio. ff. de iudic.* & alibi, eadem phrasis extat. Quod moneo propter Duarenum, qui voluit legendum, *Additus*; nempe composito verbo pro simplici usurpato, *addi-*
41 *tus* pro *datus*. Sic † etiam *in d. l. 39. Iudex addicitur. & in l. 40. quod si Ephesi. ff. de eo, quod certo loco*: ubi plenius dicitur, *Iudex addictus actionem*: quomodo *in §. 1. I. de offic. ind. si noxali iudicio addictus est*: ubi vulgo *adstus*, alii *additus* legunt: ut etiam probat Cujacius in notis. Sed ut solent cogitationes esse posteriores: esse sapien-

sapientiores: ita hic quoque se ipsum correxit, *in comm. ff. & in Not. ad corpus I. civ.* Nec mutat, quod interdum etiam Judex dicitur *adiri*, item *aditus iudicio*: ut familiæ erciscundæ *in l. 7. & 16. filii. C fam. erciſc.* Non enim inde sequitur, ubique sic legendum esse, & mutandum *addictus* in *aditus*, vel *additus*. In summâ, Judex rectè dicitur alicui addici, ut in *l. 39. & l. 40. quod si Ephesi. ff. de eo quod cert. loco § 1. I. de offic. iud. & in l. 59. debitor. §. ult ff. ad SC. Trebell.* Sic etiam apud Macrobium *lib. 1. saturn. c. 16.* Trebatius, inquit, lib. 1. religionum. *nundinis magistratum posse manum. ttere, iudiciaque addicere:* Sic enim meliores libri habent, pro quo vulgo malè legitur, *aduccre.* videatur etiam Rob. Stephani *in Thesaur. lingu. Lat.* Sed satis de verbis. Cur † autem, inquies, furor superveniens non 42
adimit officium judicandi ei, qui ab initio rectè datus est, cum esset sanæ mentis? Cur in eodem officio permanet? Quia videlicet generale hoc est, ut semel rectè constituta & contracta, non tollantur neque adimantur furore: verbi gratia: nec status hominis, puta libertas, ingenuitas, libertinitas; nec dominium rerum, nec patria potestas; nec magistratus, dignitas & potestas, per furorem supervenientem amittitur: neque sponsalia, neque matrimonium dirimuntur: neque testamentum ante furorem rectè factum: & in summâ, nullum aliud rectè gestum negotium, furore perimitur. Qua de re videantur hæc in unum collecta loca juris nostri. *l. 20. qui furere cœpit. ff. de stat. hom. l. 8. patre furiosi. ff. de his qui sunt sui. l. 8. furor. ff. de sponsal. l. 16. oratione. §. ult. ff. de rit. nupt. Paul. in sent. lib. 2. tit. 19. § neque furiosus. & Inst. quibus non est perm. fac. test. in §. præterea. vers. certè. & vers. nam neque.* Quorum omnium hæc communis est ratio: quia furor est aliquid facti, proindeque non debet tollere ea, quæ sunt juris; & quæ rectè ac legitimè alicui sunt acquisita. *l. 12. in bello. §. 1. ff. de capt. & post l. reverſ.* Veruntamen quia furor perpetuus impedit judicium, & facit, ne cogi possit judicare, qui eo laborat, proinde mutari debet talis iudex. *d. l. 46. ff. de iudic.* Quod cum Accursio accipiendum ita, si longiùs duraverit furor, ut nulla sit spes sanæ mentis redituræ. Satis jam de furioso judice: ubi hoc quoque addidero, † in 43
furiosum ne quidem compromitti posse. ut est in *l. 9. §. 1. ff. de rec. arb.* Ratio est ex *l. 1. ff. eod.*

Sequitur quarto loco † de Impubere, id est, qui nondum 14. ætatis annum 44
complevit, *inst. tit. I. quibus mod. tut. fin. & l. ult. C. quan. tut. vel cur. esse desin.* Hic quoque judex dari sive addici non potest: imò ab omnibus officiis civilibus abstinere debet. *l. 2. §. 1. ff. de R. I.* neque arbiter eligi potest. *d. l. 9. §. 1. ff. de rec. arbit.* Idque ob eandem rationem, quia videlicet judicio caret. *d. l. 12. §. non autem omnes. ff. de iudic.* sive quia nullum est animi eius judicium. *§. præterea. I. quibus non est permiss. fac. test.* Et quanquam is, qui perfectæ ætatis non est, aliis in rebus regitur tutelâ alterius: idque convenienter iuri naturali: ut est in *§. pen. I. de Attil. tut. & §. pupillus. I. de inut. stipul. & t. 1. de auctor. tut.* tamen in judiciis noluerunt Romani sapientissimi quemquam ex alterius auctoritate ac nutu pendere: sed unumquemque ex animi sui sententiâ statuere: unde etiam in formulis antiquis usitatum erat, ut iudex diceret: *ex animi mei sententia*, teste Brissonio *lib. 7. de form. Pop. Rom.* Quod ideò moneo, ne quis putet impuberem per auctoritatem

45 tutoris idoneum effici posse ad judicandum. Quæritur † hic non importunè de minore XXV. annis, an possit judex dari? Quidã indistinctè putant, minorem iudicem dari posse, dummodo non sit minor 18. annis Nituntur hoc argumento, quia impubes tantùm removetur à judicandi munere, in *d. l. 12. ff. de iudic. & in d. l. 2 ff. de R. I.* Ex quo videtur dicendum, minorem, qui tamen 14. annum superaverit, admitti posse. Sed hos refellit Cujacius *in Not. ad Corpus Iur. in l. 41. cum lege. ff. de rec. arb. & in com. ad d. l. 12 ff. de iudic.* item *ad l. 57. quidam. ff. de re iudic.* item *ad l. 1. C. qui ætate se exc. lib. 10.* Præterea diserte hoc negat Constan. Harmenopulus: cujus hæc sunt verba *lib. 1. Epit. I. tit. 4. Minor XXV. annis iudicare non potest.* Similiter in Basilicis *lib. 7. tit. 5.* quem locum citat Cujacius *ad d. l. 1* Sanè ex Suetonio *lib. 2. c 32.* quidam doctissimi viri annotarunt, olim ante Augusti tempora, judices non ante XXXV. annum allegi solitos: sed Augustinus quinquennio maturius, id est, anno XXX judices allegisse. Sed d. loco Suetonii Isaac Casaubonus reponendum censet, pro tricesimo vicesimum annum: cuius emendationis autorem laudat Cujacium: cum hoc elogio, ut vocet *acerrimi iudicii virum, & aquilam Iurisconsultorum.* Videatur Casaubonus *in animad. ad Suet. p. 106.* Posteà verò Augustus Imp. latâ lege Juliâ de Judiciis magis etiam contraxit hoc tempus, nempe ad annum XVIII. ut putat Dn. Giphanius, hoc quoq; argumento: quia in equestrem ordinem, penes quem tunc temporis Romæ erant judicia (quo pertinet versus Petronii: *Atque eques in caveâ qui sedet, emta probat.* item: *Iudicium nil est nisi publica merces*) In hunc igitur ordinem quia Augustus cooptaverit, qui essent 18 annorum, ut testatur Dio *lib. 56. h. stor.* Jure civili inspecto, hæc esse potest ratio, quare minor 25. annis videatur judex dari non posse: quia judicandi munus non est patrimoniale, sed personale *l. 78. quippe. ff. de iudic. l. 18. munerum. §. 14. Iudicandi. ff. de mun. & honor. & l. 2. in f. pr. ff. de vacat. & excus. mun.* Unde neque Decuriones fieri possunt minores, nisi ex causâ. *l. 11. non tantùm. ff. de decur.* & ex causâ facti, suffragium quidem inter cæteros ferre non possunt, quamvis sportulas accipiant. *l. 6. §. 1. ff. de decur.* Ratio rationis est, quia quamvis iudicium adolescentis jam paulò perfectius sit, quàm pupilli sive impuberis: tamen nondum planè completus est vigor virilis, qui demum supervenit post annum vicesimum quintum. *l. 1 ff. de minor.* ut proinde non satis tutum sit diiudicationem controversiarum minori
46 committere. Sed † huic sententiæ obiicitur *l. 41. cum L. Iuliâ. ff. de rec. arbit.* ubi ait Callistrat. cautum esse L. Julia, ne minor 20. annis iudicare cogatur: ex quo dicere quis posset, etiam minorem XX. annis, nedum XXV. Judicem esse posse, tametsi cogi non possit. Sed respondendum, posse quidem esse iudicem, sed volentem & inter volentes & consentientes: volenti namq; & consentienti non fit iniuria: Veruntamen periculosum hoc esse, propter beneficium restitutionis in integrum, quo minor læsus gaudet. Sit igitur hæc exceptio à superiori regula: nempe, nisi quis volens inter volentes, nec repugnantes datus sit judex: quo tamen casu ad minimum XVIII. annos eum expleviss oportet.
47 Deinde † obiicitur *l. 57. quidam ff. de re iudic.* ubi Ulpian. ait: quæsitum fuisse, an valeret sententia data à Judice, minore XXV. annis: & respondet, æquissi-

mum

mum esse, tueri sententiam ab eo dictam, nisi minor sit XVIII. annis. Addit deinde, si minor magistratus gerat, puta si consul, aut prætor creatus sit, & jus dixerit, vel sententiam protulerit, jurisdictionem eius probari, & valere sententiam: idemque esse etiamsi minor ex consensu datus sit, scientibus his, qui in eum consenserunt. Sed hæc obiectio non magis obstat, quàm prior. Potest enim certis quibusdam conditionibus minor esse judex, & casus excepti, si opponátur regulæ; non constituunt veram obiectionem, vel antinomiam. Præterea ponderanda sunt verba Jurisconsulti in *d. l. 57.* cùm ait: *æquissimum esse tueri sententiam talem:* quibus verbis satis significat, æquitatem hoc suadere, ut valeat sententia, quamvis stricto jure videretur contrarium dicendum. Sic idem Ulpianus *in l. 3. Barbarius Philippus ff. de offic. prætor.* scribit, *humanius esse propter utilitatem civium*, ut sustineantur acta & decreta apud servum fugitivum, qui Romæ ad præturam, novo quodam exemplo, pervenerat; cùm vellet fortuna iocari, ut ait Poëta: quasi diceret Ulpia. quamvis stricto jure inspecto, nullius essent momenti, utpote à servo interposita decreta. Atque † ita sæpissimè, quando est pugna aliqua inter æquitatem & ius strictum, sive rigorem juris, prævalet æquitas, humanitas, & benignitas; maximè apud Ulpianum & alios quosdam Jurisconsultos, in quibus & Papinianus: ut eruditè observavit Giphanius *in Prolegom. ad Pandect.* Quamquam † autem Ulpian. *in d. l.* disertè non dicat de minore XVIII. annis, eum & scientem à partibus sumi posse iudicem, aut dari scientibus & consentientibus in ipsum: item posse à principe magistratum creari. (Nam simpliciter loquitur de Minore. & quoties in jure nominatur *Minor* simpliciter, nullo additamento certorum annorum, relatio fit non ad XVIII. sed ad XXV. annum) tamen Jurisconsultum ita, ut dixi, exaudiunt Zasius *in lectur. ad t. ff. de re jud.* & Donellus *lib. 17. comm. c. 24.* quasi de minore XVIII. annis loquutus esset Ulpian. Atque hic communis intellectus est Dd. ad eam legem: teste Zasio *n. 3.* Sed repugnat *c. antepen. Extr. de offic. & potest. iud. deleg.* ubi significat Pontifex, non posse partes scienter consentire, nisi in eum, qui XVIII. annum transcenderit. Et, tametsi gl. ibidem dicat, esse hanc interpretationem juris civilis: id est, *d. l. 57. de re iudic.* tamen Zasius, Donellus & alii, hoc improbant. 48 49

Porrò † Lege prohibetur dari judex, qui senatu est motus. *l. 12. cum prætor. §. non autem omnes. ff. de iudic.* Senatu motus, intellige, à censoribus propter turpitudinem, ut ait *l. 2. ff. de senat.* † Cujacius *turpitudinem* interpretatur de sordibus, id est, si quis passus sit, se corrumpi pecunia, aut muneribus, ut sententiam in senatu diceret, vel non diceret: si venales proferat sententias, ut eleganter ait *l. 7. C. quan. prov. non est. nec.* quo modo etiam *sordes iudicis* nominantur in *l. 15. filiusfam §. 1. ff. de iudic.* & aliis legibus, quarum quasdam allegavi nuper *ad 12. Tab.* Veruntamen turpitudinis vocabulum putàrim hìc latiùs patere, & complecti quodvis dedecus vitæ ac morum. Non tantùm enim ob solas sordes quis moveri poterat Senatu, aut præteriri à censoribus: sed etiam aliis de causis. Constat † quidem senatu motos non minui capite. *§. quibus autem dignitas. I. de cap. dimin. & l. 3. ff. de senat.* Constat quoque eos non notari infamiâ: 50 51 52

quia non comprehenduntur in Edicto prætoris. De his qui not.infam.Sed tamen certum est & hoc,quod opinio ipsorum gravetur, quam vulgò vocant *infamiam facti*. Et S. Festus Pompeius meminit legis Oviniæ, quæ voluerit, ut præteriti,& loco moti,haberentur ignominiosi.Unde nec judex posteà dari potest is,qui remotus est,quod L.Juliâ repetundarum cautum fuisse indicat Marcellus *in l.2 ff.de senator*.Neque hoc mirum,cùm ne testimonium quidem dicere possit senatu motus *d.l.2 ff.de senat*.Quâ in re mirari licet,Romanam gravitatem & severitatem:qui tametsi senatu motos ad honores iterum admitterent, dum modò postea vitam emendassent, & ad meliorem frugem se recepissent: adeò ut exempla reperiantur eorum,qui semel à censoribus notati, posteà ipsi censores facti sint:tamen ad munus judicandi, & ad testimonii dictionem tales non ampliùs admittendos censuerit.Usque adeò sancta & incorrupta esse voluerunt judicia & testimonia. De quo videatur etiam Muretus *in orat. pulcherrimâ de Officio Iudicis*. Est tamen & hoc non dissimulandum, quod significat Marcellus *in d.l.2.de senator*.restitutum non vetari neque iudicare, neque testimonium dicere:hoc enim à contrario sensu ex illis verbis colligitur:*nec restitutus est*. Ut † autem judex esse non potest, qui propter sordes remotus est, ita nec arbiter esse debet,cuius manifestæ sunt sordes aut turpitudo.*l.9 §. sunt & alii.ff.de rec.arb.* 53

Tandem † adiunguntur *in d.l.12 de Iudic*.ij, qui moribus prohibentur dari judices:ut sunt feminæ,& servi. In † his non est illa ratio,quæ fuit in prioribus,quos natura impedit : quia certè habent judicium: tametsi negari non possit,quin sexus muliebris magna sit fragilitas & imbecillitas, multis casibus suppositа atque objecta, ut est in *l.2.§.1.ff.ad SC.Vell*. Et de servis celebre proverbium est,Aristoteli quoque usurpatum ex Homero, *Iovem dimidium mentis abstulisse servis*.Sed hæc potius de feminis & servis est ratio; quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur,sed ab iis remoti sint.*l.12.ff.de iudic. & l.2.ff. de R. I.* Et de servis est etiam illa peculiaris ratio ex *l. 32. quod attinet.ff.de R.I.* quod civilium non sint capaces : Inter civilia autem non sunt postrema, judicia. De feminis,quanquam non omnium, quæ à majoribus tradita sunt, ratio vel inquiri,vel reddi debet ; *l.20.non omnium ff.de legibus*. tamen huius ipsius moris majorum,de exclusione ipsarum à judicandi munere verissima causa assignari posset vitium levitatis & sexus mobilitas,& consilii:propter quod à postulationibus & testimoniis, & omnibus rebus judiciariis antiqui penitus arcuerint feminas:ut ait Constant. *in l.1. C. Th. de rec.virg. vel vid*. Et de muliere, quod facultas judicandi ei non competat, est etiam textus in Jure Canonico. *can.1.§.tria sunt.c.7.q.7*. ubi notandum,quod Gratianus legem 12 ff. de iudiciis. egregiè compilaverit sicut solet passim alibi ex Jure Civili multa mutuari. Videatur & *can.17.mulierem.c.33 q 5*. Afferunt † tamen Interpp. quasdam exceptiones,quibus etiam mulier judicare possit:verbi gratia 1. si mulieri hereditario jure in ditionem aliquam succedenti ,competat jurisdictio. 2. si consuetudo alicujus regionis approbata feminis præcellentibus in subditos suos tribuat jurisdictionem ordinariam: quæ exceptio ferè eadem est cum præced. 3. si lex 54 55 51

3. si lex municipalis mulieri iurisdictionem largiatur. De quibus exceptionibus videri quoq; ie potest Baro Frid Schenck in Tauttenberg. *in Prozymnat. forens. lib. 1. tit. 1.* & Dd. *ad l. 2. ff. de R. I.* Sed hîc cavendum est, ne judicis & magistratus personas confundamus: de qua differentia supra monui. De illa verò quæstione Politicâ, An † etiam mulieri rectè committatur magistratus, tractant 57
Joh. Bodinus & P. Gregorius *in libb. de Republ.* & Joh. Casus *in sphæra civit.* qui omnes in utramque partem rationes afferunt: quas vel referre, vel examinare hîc nimis longum foret, & ab instituto alienius.

Porrò † nihil interest, utrùm judices dati, sint in potestate, id est, filiifamiliâs, an sui juris. *d. l. 12. in f. ff. de iudic.* dummodò scilicet nihil aliud ipsos impediat, patria potestas ipsis non oberit: filiusfam. igitur iudex esse potest. Et ratio est, quia in illis, quæ sunt juris publici, filiusf. habetur loco patrisf. *l. 2 ff. ad SC. Mac. d. l. 14. nam quod ad ius public. ff. ad SC Trebell. cum simil.* Esse autem judicandi munus publicum, jam supra patuit ex *l. 78. quippe. ff. de iudic. & l. 2 ff. de R. I.* Hoc † loco oppottunè quæritur, an & filiusf. in causa patris, vel contra pater 59
in causa filiif. judex dari possit? Hæc quæstio deciditur *in l. 77. in privatis ff. de iudic.* ubi ait IC. *In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest:* & concordat etiam Cajus *in l. 6. ff. de recept. arbitr.* ubi ait, *arbitrum in causâ patris esse posse filium, quia & iudicem eum esse posse plerisq; placuerit.* Ex quo tamen loco facilè colligi potest, non defuisse etiam, qui contrarium dicerent. Ratio dubitandi, cur videatur non posse hoc fieri, illa est: quia videtur quis iudicare in propriâ causâ; sive, inquam, filius de causâ patris, sive pater de causâ filii judicet. Facit hoc arctissima coniunctio, quæ est inter patrem & filium, propter quam eadem esse persona censetur. § *si quis alii. vers. ei verò. I. de inut. stip.* Nemo autem potest esse in propriâ causâ judex, ut neque testis. *t. t. C. ut nemo in sua caus. iud.* Accedit, quod etiam testimonium domesticum reprobatur, de quo alibi. Multo igitur magis iudicium, quasi domesticum reprobandum videtur. Sed decidendi ratio est: quia in publicis causis patria potestas non attenditur, ut præter Jurisconsultos admonet etiam Philosophus apud Gellium *l. v. 2. cap. 14.* Quo pertinet illud Valerii Maximi. *lib. 2. cap. 1. publica inst. tuta pietate paternâ potiora esse.* Sed quid est, quod ait Africanus *in d. l. 77.* IN NEGOTIIS PRIVATIS? Quia judices tantum privatarum litium dabantur: cum publicorum judiciorum cognitio esset populi, aut magistratuum pop Rom. qui quæsitores constituebant rerum criminalium. Obiicitur tamen dictæ legi septuagesimæ septimæ, *l. 10. qui iurisdictioni ff de jurisd.* ubi negat Ulpian. eum, qui jurisdictioni præest, sibi ipsi, vel uxori, vel liberis, vel libertis, vel aliis, quos secum habet, jus dicere debere. Pater igitur in causâ filiif. judicare non debet; quod directò pugnat cum *d. l. 77.* Respondent quidam *d. l. 10.* accipiendam esse de causis criminalibus: sed *l. 77.* de civilibus. Jason & alii, *l. 10.* putant obtinere, si quis excipiat contra personam patris, aut filii, aut aliorum conjunctorum, ut, inquam tunc non possit pater esse, judex in causâ filii, nec filius in causâ patris: qui esse possit, si contra eum non excipiatur: si, inquam, litigatores nihil obiiciant tali judici, sed litem coram eo tantùm prosequantur: atque ita intelligendam. *d. l. 77.* Quæ so-

lutio ac distinctio planè est divinatoria. Alii alia comminiscuntur ad hanc antinomiam conciliandam: quæ non omnia refero. Sed Duarenus *in disp. anniversa.* (quem & Giph. sequitur *ad d.l.10.*) distinguit inter judicem judicantem, & magistratum jus dicentem: & de magistratu jus dicente, sive jurisdictionem exercente accipit. *d.l.10.* De judice verò *d.l.77.* Quomodo & Cujacius *in comm. ff. ad d.l 77.* ubi ait, *l.10.* loqui de jure dicundo: non de judicando, ut *l.77.* Plus autem esse jus dicere, quàm judicare: sicut magistratum esse plus est, quam judicem tantum: cùm ille habeat jurisdictionem, hic verò nullam: & judicem esse sit onus, magistratum verò esse sit honos. Tametsi idem Cuiacius alibi, nempe *in tr. ad Afric. 3.* velit verba *l.77.* non tàm de iudice accipi, quàm de magistratu, qui frequentissimè etiam *iudex* in iure appellatur: vultque eâ in re nihil interesse inter magistratum & iudicem, cum & magistratum gerere æquè: imò etiam magis sit munus publicum, quàm iudicare. Quare si cessat potestas patria in officio iudicis; quia scilicet sit munus publicum: cessabit utique etiam in magistratu. Sed magis placet Duareni & Giphanii solutio. Et rationem diversitatis hanc assignat Giphanius: quia magistratus propter imperium, potestatemque multa potest, vel gratiâ vel sordibus motus: Judex verò, ut homo privatus, non ita multum potest: ut ab hoc nihil metuendum sit iniquitatis; aut si quam admittat & iniuriam inferat uni litigantium, eam iniquitatem liceat corrigere per appellationem *l.1. in pr. ff. de appell.* Cuiacius tandem utroque in loco inclinat illuc, ut velit patrem filio, & filium patri etiam ius dicere posse. Neq; enim districtè hoc prohiberi in *d.l.* 10. aut potestatem eam adimi, vel huic, vel illi: Imò verò inveniri quoque in iure locum, ubi filius possit ius dicere patri. *l. 13. ille à quo. §. uli. ff. ad SC. Trebell.* Accedit, inquit, quod ubi est eadem ratio, ibi idem ius statui debet, *vulgata l. illud ff. ad L. Aquil.* Veruntamen parcissimè eos invicem id facere debere, ne videlicet suâ potestate abuti videantur. *argum. l.16. Senatusconsulto ff de offic. præs.* ubi præses jubetur, libertis & comitibus suis parcissimè ius dicere debere.

60 Hìc † illa occurrit quæstio, an etiam cæcus possit iudex dari, & iudicandi munere fungi. Qua de re est *l.6. cæcus. ff. de iudic. & l.1 § casum. ff. de postul.* Utrobique Ulpian. ait, *cæcus iudicandi officio fungi potest.* Notandum est autem, quod indistinctè Jurisconsultus loquatur, sive quis jam tùm, cùm daretur judex, cæcus fuerit; sive, postquam datus fuit, superveniente aliquo casu oculis orbatus sit. Quod ideò moneo, ne quis fortè cum Accursio, & aliis eum sequentibus, putet, ab initio cæcum dari judicem non posse: datum verò cæcitate superveniente non desinere iudicem esse, nec officium judicandi amittere: quam licet vulgatem sententiam Dd. satis refellit Duarenus *lib 1. Disp. anniv. c. 23.* & Cujacius *in comm. postumis. ff. ad d.l.1. & 6.* & Donellus *lib.17. comm. c.24.* Giphanius
61 quoque *ad d.l.6.* Ratio, † quare cæcus, quamvis utroque lumine orbatus, tamen judex dari, esse & manere possit, neque ob cæcitatem à judicando vel arceatur ab initio, vel removeatur ex post facto, hæc est: quia oculorum cæcitas non adimit judicium ac perspicientiam mentis: quæ si adsit in judice, satis est, quamvis oculorum usu destituatur. Imò non defuerunt, qui quò minùs oculorum a

rum corporeorum usu valuerunt, eò perspicaciorem haberent internum illum mentis oculum. Qua de re insignis est locus Cicer. *in 5. Tuscul.* Aristoteles etiam tunc demùm ait exacui oculum intellectus, quando jam corporeus visus hebescit. Videri quoque potest oratio elegantissima & eruditissima Joh. Passeratii professoris Regii Parisiensis; quam *de cæcitate* habuit, cæcus, sui ipsius consolandi causâ. Nobile est judicum Areopagitarum exemplum: qui ideirco noctu judicarunt, & quidem in tenebris; ne oculis interdiu usi, varias perturbationes in animos intromitterent per istas quasi fenestras: quibus motibus transversi ab æquitatis tramite & juris raperentur. Quæ tamen non ita accipi debent, quasi omnes judices cæcos esse oporteat, aut cæcitatem sibi ipsis ultrò accersere. (sicut Democritum fecisse legimus apud Ciceronem *in 5. Tuscul.* & Diog. Laërtium *de vit. Philos.*) aut quasi noctu judicare oporteat (imò jure Romano judicia nocturna prohibentur: ut est in *Nov. 82. §. sedebunt.* ubi judices à mane ad vesperam sedere & judicare jubentur: & ex 12. Tabb. quoque sol occasus suprema tempestas esse dicebatur; post quod videlicet tempus non liceret amplius judicio quicquam agere) sed hoc dicimus, si quando calamitas ista inciderit, tum nihil eam judicandi muneri officere debere.

Sed videamus, quæ huic sententiæ obiiciantur, & pro Accursianis Dd facere videantur. In primis † obstare videtur *l. 1 §. casum in f. ff. de postul.* ubi cæ- 62
cum ait Ulpian posse quidem retinere magistratum jam cœptum, adspirare autem ad novum penitùs prohiberi. Resp. diversum esse in judice & in magistratu. In hoc distinctionem illam libenter admittimus, inter cæcitatem, ut sic dicam, initialem, & eam, quæ supervenit: In judice verò eandem non admittimus, quia ubi lex non distinguit, sed generaliter loquitur, nos quoque non debemus distinctionem aliquam comminisci. *l. 1. ff. de Publ. in rem act. l. 32. ff. de rec. arb.* Ratio † autem differentiæ, inter magistratum, & judicem, cur ille ab ini- 63
tio cæcus creari non possit, hic verò possit, hæc est; quia in judice satis est si adsit judicium, prudentia, & virtus, atque integritas, sive innocentia: etiamsi cæcitate laboret, quæ animo eius ve viribus nihil detrahit, imò sæpè addit ad vigorem eius, si Ciceroni credimus *in 5. Tuscul.* Sed in magistratu ista non sufficiùt: requiritur hoc amplius etiam dignitas formæ, cui multum decedit orbitate luminum; & requiritur splendor publicus. *argum. l. 6. in verb. convenienter splendori publico, &c. ff. de muner. & honor.* Cur † tamen nemo ob supervenientem 64
cæcitatem debeat, vel à magistratu, vel à senatorio ordine removeri, ratio est ferè eadem, quam suprà de furore superveniente reddebam; nempe, quia cæcitas est facti, ideoque non debet tollere ea, quæ sunt juris: ut sunt jus magistratus, jus senatorium. Accedit quòd longè facilius retinetur quid, quàm acquiritur: Item, quòd multa permittuntur jam facta, quæ prohiberentur facienda vel futura. Secundò † obstare videtur: quòd judex cæcus non possit lege- 65
re, & ex periculo, sive, ut alii legunt, *breviculo*, id est, libello, sententiam recitare: cum tamen regulariter à judice requiratur conjunctim & scriptio, & recitatio, si pronunciatio sententiæ ex scripto: ita ut alterutrum horum non sufficiat. *t. t. C. de sen. ex peric. rec.* & ibi Cujacius *in paratit.* Resp. quod non potent judex

cæcus

cæcus per ſe ipſum, hoc per alium, puta per conſeſſorem, ſive aſſeſſorem faciet, ipſeque feciſſe videbitur, *vulgatâ lege. quod quis per alium facit, id ipſe feciſſe videtur*) tametſi aliàs judex jure noſtro non poſſit per alium ſententiam recitare. Hæc autem erit exceptio à regulâ. Accedit, quod ne quidem in omnibus cauſis opus ſit ſententiâ ſcriptâ: ut docet *Auth. niſi breves. C. d. t.* quæ ſumitur ex *Nov. 17. c. 3.* ubi Cujac. & *Nov. 83 in pr.* Saluberrimè ibi conſtituit Imp. ut cauſæ breves agerentur ſine ſcriptis: quòd tamen hodiè non obſervatur; malè quidem, &
66 cum ſumtu ingenti partium. Tertiò † obſtare videtur: quòd cæcus neque in teſtibus examinandis, neque in aſpectu oculorum, cùm in rem præſentem eundum eſt (quod Germani vocant, den Augenſchein/item, den Außgang: quo remedio plurimùm utimur, non ſolum cum de finibus diſceptatur regundis inter confines, ſed etiam in ſervitutibus, tàm urbanis, quàm ruſticis.) ſuo munere ſatis rectè & commodè fungi poteſt. Non enim poteſt in teſte animadvertere vultum dicentis teſtimonium, quâ conſtantiâ aut trepidatione dicat: in quo certè permultum eſt ſitum momenti. Non enim teſtimoniis, ſed teſtibus credendum eſſe dicebat Hadrianus Imp. *l. 3. ff. de teſtibus.* In aſpectu quoque oculari, quem vocant, nullas eſſe partes hujusmodi judicis, manifeſtum eſt: Nam ut eſt in proverbio, *quid cæcus judicet de coloribus?* quid item arbitrari poſſit cæcus de limitibus agrorum? verbi gratia, de ſtillicidiis, aut tigno immittendo, aut feneſtrâ aperiendâ, & de luminibus, ſive luminum ſervitute, & hujusmodi aliis rebus, in quibus oculorum ſenſus neceſſarius eſt? Reſp. etiam hîc aliorum operum vicariâ uti poterit cæcus: quibus & examen teſtium, & inſpectionem oculatem delegabit atque committet, ex quorum relatione rem cognoſcet. Etſi autem in eo aliquid incommodi inſit, ac longè præſtet oculatum judicem adhibere, qui ipſe omnia percipiat ſenſu illo corporeo, qui longè fidelior eſt auribus ut eſt apud Herodotum & Horatium: tamen non ob id omninò removebitur cæcus: & erit hæc quoque exceptio, qua liceat aliorum operâ uti in re, cui
67 judex aliàs ipſe ſupereſſe debebat. Quartò † obſtat: quod ſurdus & mutus judices eſſe prohibentur, ut ſupra dictum: ex quo effici videbatur, eandem eſſe rationem etiam cæci, nempe ut hic quoque à judicando removeatur. Sed hoc negandum eſt, quod eadem hic ſit ratio: Nam ad cauſæ cognitionem, omniaq; diligenter rimandum, multò magis opus eſt auditu & ſermone, quàm viſu. Frequenter enim interrogandi ſunt à judice non ſolum teſtes, ſed etiam ipſi litigantes: ut eſt *in can. 11. Iudicantem. c. 30. q. 5. & l. 9. C. de iudic.* Hoc facere poteſt cæcus, non autem poteſt ſurdus & mutus. Et ſanè quid multis opus eſt: cùm de muto & ſurdo expreſſum jus habeamus, eos judicare non poſſe: de cæco eum poſſe? *d. l. 6. ff. de iudic. & d. l. 10. §. caſum. in f. ff. de poſt?* Videatur denique etiam Joh. Robertus *lib. 3. recept. ſent. c. 23.*

Porro ex *Nov. 82. in pr.* naſcitur nobis occaſio duarum quæſtionum celebriũ explicandarum: una eſt, an judicandi munere poſſint fungi, qui literarum & juris, legumque prorſus ſunt imperiti? altera eſt, an ex advocatis & patronis cauſarum debeant judices eligi?

68 Ad † priorem quæſtionem quod attinet, multa in utramque partem afferri poſſunt.

Digitized by Google

possunt argumenta, quæ videri possunt apud Hotom. *illustr. quæst. 28.* Pro † negativâ, quidem hæc faciunt. I. auctoritas Justiniani, qui *d. Nov. 82.* putat, non convenire, ut ulli gerant nomen judicum, qui legum sunt imperiti, & in rebus gerendis nullum habeant usum, nullam experientiam. II. Judices non aliter judicare debent, quàm legibus, vel constitutionibus, vel moribus proditum est, ut est scriptum *initio tit. I. de offic. jud.* adeò, ut sententia prolata contra jus civile, & constitutiones principum ipso jure nulla sit. *l. 2. C. quan. provoc. non est nec. l. 40. non quicquid. §. 1. ff. de judic.* Quomodo autem hoc præstari poterit ab eo, qui juris, id est, legum, & constitutionum, & morum, sit imperitus? Dices, atqui poterit mutuari ab aliis, quod sibi deest. Resp. ex *eâdem Nov. 82.* magnum hanc rem detrimentum afferre reip. si talibus judicibus lites disceptandæ tradantur, qui non à se jus accepturi sint, sed rectam judicandi rationem aliundè emendicaturi, & alios quæsituri, à quibus discant, quid in judicando sequi oporteat. Quid enim aliud hoc esset, quàm alienis oculis videre, aut alienis auribus audire? Omninòque de tali judice dici poterit illud Horatianum: *Ducitur ut nervis alienis mobile lignum.* III. Quia judex imperitus juris, non poterit eas adhibere interrogationes, de quibus supra dictum est *ex l. 9. C. de judic.* & ex *can. 11. Judicantem. cap. 30. quæst. 5.* IV. Quia imperitus literarum, & juris, non poterit recitare, seu prominciare sententiam ex periculo, sive ex scripto: quod tamen omninò esse necessarium ad hoc, ut sententia valeat, heri dixi. *t. t. C. de sentent. ex peric. recit.* Taceo nunc alia incommoda aliasque absurditates, quæ consequi possent ex eo, si judicandi munus, juris & legum imperitis mandari posse admitteremus. Est enim verissimum illud Terentianum: *Homine imperito nunquã quicquam injustius, qui n. si quod ipse facit, nihil rectum putat.* Et Socrates ajebat: *unicum bonum esse scientiam: contrà, malum unicum insciitiam.* Pro † affirmativâ autem sententia facere videntur sequentes rationes. I. *lex pen. C. de judic.* quâ vulgò Dd. potissimùm nituntur: Ibi namque etiam hominibus militaribus mandari potest judicandi munus: item *l. 6. C. de iurisd.* ubi etiam civilium quæstionum audiendi facultas conceditur magisteriæ potestati, id est, magistro militum: junctà *l. 1. & tit. C. de offic. mag. milit. & l. 2. C. si à non comp. iud. iudicat. esse dic.* Ex quibus locis intelligimus, posse etiam militarem iudicem cognoscere de causis civilibus, si ab eo datus sit judex, qui jus dandi habuit. Jam verò milites quàm sint imperiti juris ac legum, notum est, vel ex *Inst. tit. de mil. test. in pr.* & passim alibi simplicitas militaris dicitur hæc ipsa imperitia juris. Nam arma magis quàm jura legislator eos scire existimat: ut est in *l. ult. C. de jure delib.* Quo pertinet elegans locus Cornelii Taciti in vita Julii Agricolæ: *Credunt*, inquit, *plerique militaribus ingeniis subtilitatem deesse: quia castrensis iurisdictio secura & obtusior, ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet.* II. Facit *l. 6. expertes. C. de decur. lib. 10.* ubi expertes literarum non prohibentur peragere munera decurionum. Ex quo dicendum videtur, ne quidem à munere iudicandi excludendos esse expertes literarum, legumque imperitos. III. Quia etiam administratio tutelæ potest mandari imperitis literarum *l. 6. in f. ff. de excusat. & §. similiter. vers. quamvis. I. eod. t. de excus. tut.* IV. Mos & Institutum Romanorum,

apud quos tametsi maxima erat dignitas atq; æstimatio Jurisconsultorũ, quod luculenter demonstrat Hotomannus *in suo Iuriscons ulto* ex Cicerone, aliisque auctoribus: tamen judicia non ab ipsis, sed ab equitibus Romanis, qui ferè Publicani erant, & juris imperiti, sive idiotæ, exerceri solebant. Recuperatores quoque à prætoribus dati ferè imperiti erant juris, & responsa ad decidendas causas à Jurisconsultis petebant; teste Cicerone *pro Cæcinnâ*. Huc pertinet locus Gellii *lib.14.cap.2.* ubi de suâ ipsius imperitiâ officii judicis satis ingenuè & apertè fatetur, cùm tamen judex fuerit aliquando datus. V. facit eodem *l. 79. eum quem §.1.ff.de judic.* ubi judex datus, dubitans de jure, consulit præsidem, & præses respondet judici de jure dubitanti. Dubitatio autem habet significationem ignorantiæ atque imperitiæ, & contraria est scientiæ. Hæc ferè sunt, quæ
71 in utramque partem disputari possunt more Academico. Veruntamen † probabilius est, Judices oportere eruditos esse & juris peritos: si non in universum, saltem quoad illam causam, ad quam dantur: idque & Justinianus indicat in *d.l.pen.C.de judic. Quid enim obstaculi est*, inquit, *homines qui alicuius rei peritiã habent, de eâ re judicare?* Quam sententiam Imp. ex Aristotele mutuatus videtur. Non enim in quovis judice exactam omnis juris cognitionem requirimus, sive, ut perfectus sit Jurisconsultus, sed tantam peritiam, quanta sufficit ad eas causas, quæ tractantur, decidendas. Quâ de re Donellus quoque videri potest *lib.17.comm.cap.24.* Magistratum tamen, sive majorem judicem, ut Hotomannus vocat exemplo Justiniani, jurisperitum esse nihil necesse est: cùm is habeat suos Assessores ex corpore studiosorum juris assumtos, & hi debeant præstare scientiam legum ac morum. *l.2.ff. quod quisque iuris, &c.* Videatur & Cujacius *ad Nov.82.* item *lib.23 obs.c.ult.* & Hotomannus *Illustr.quæst.28.* & Joh. Corrasius *lib.5.Misc.c.19* & Vulteius *dis.schol.c.8.* & Joh. Robertus *lib.3.rec.sent.c.3.* Hotomannus quidem vult etiam minorem, sive pedaneum judicem, juris imperitum esse posse, dummodò jurisperitos in consilium adhibeat: quod quidem moribus nostris passim locorum receptum videmus.

72 Sequitur † altera quæstio: An, inquam, Judices dari possint ex corpore advocatorum? Quæres controversa est inter Alciatum & Tiber. Decianum, duo
73 lumina Jurisconsultorum. Nam † Alciatus *lib.12.parerg.c.ult.* negabat hoc rectè fieri, allegans pro hac sententiâ suâ auctoritatem Palladæ veteris Epigrammatariis cujus extat Epigramma *lib.1.Antholog.tit.in judices*, quod Latinè sic est redditum:

Imperium, quæ serva fuit, ne sumat herile:
Hoc vetus est: aliud nunc tibi dico novum:
Quisquis causidicus fuit, is ne judicet unquam,
Rhetore sit quamvis doctior Isocrate.
Venali vir linguâ, & opes acquirere suetus,
Judicium haud unquam sordibus absque feret.

74 Sed † Alciati hanc sententiam refutat Tiber. Decianus *in Apologiâ adversus Alciat.c.19* ubi *in fin.* ait, Advocatum quidem eum, qui fuerit venalis, seu linguam habuerit venalem, non facilè futuram esse bonum judicem: (metuendum

dum enim est, ne etiam in hoc novo munere corruptelis munerum & sordibus sit obnoxius, sed eum, qui sit vir bonus & integer atque innocens, qualis certè judex esse debet, semper meliorem judicem futurum, quàm alium aliquem, qui in foro non sit versatus. Hunc enim non facilè obnoxium fore circumventioni ac deceptioni advocatorum, quorum sæpè magna est calliditas, de qua & Plinius *in epist.* & Symmachus, præter experientiam, testantur. Ipse enim omnes decipulas atque insidias, quibus improbi & versuti advocati consueverunt uti, probè cognitas habet, & judex factus facilius eas effugere poterit. Quæ † sententia Deciani mihi quoque probabilior videtur, & nullo modo existimo, propterea aliquem debere excludi à judicandi munere, quod fuerit antea in corpore Advocatorum. Illud certum est, neminem judicem esse posse, in qua fuerit advocatus, ut mox dicam inter causas recusandi Judicis: sed nostra quæstio non est de judice, qui in eadem causa, sed in diversis advocatus fuerit: Hunc, inquam, dico admittendum, & pro hac sententia optimè facit auctoritas Justiniani *in d. Nov. 82.* ubi nominat plures Advocatos, quos constituit Judices, sive quos transfert Imp. ex classe advocatorum in collegium iudicum. 75

Atque hæc hactenus de iis, qui dari possunt & esse judices, vel non: ubi etiam obiter quædam attigi ad officium judicis pertinentia: de quo priùs quàm plura dicantur, † sequitur videre de recusatione suspecti iudicis. Potest autem omnis hæc tractatio ferè ad ista septem capita revocari. I. ut quæratur de antiquitate huius iuris, & æquitate. II. quinam iudices recusari ac reiici possint. III. Quænam iustæ & sufficientes sint causæ recusationis, sive reiectionis. IV. quomodo proponi, seu fieri debeat recusatio. V. Quo tempore proponenda sit. VI. Quis cognoscat de causâ recusationis, an justa & idonea sit, nec ne. VII. & ultimò, quis sit effectus recusationis. Agitur autem hac de re etiam in *l. apertissimi. 16* & in *l. ult. C. de iudic.* & in Jure Canonico passim, ut in *cap. insinuante. extr. de offic. deleg.* & *cap 20. extr. de sent. & re iudic.* Videatur & Cujacius *ad Rubr. tit Extr. de appellat.* 76

Primùum † de antiquitate & æquitate hujus juris memorabilis est locus *in oratione pro Cluentio*: ex quo intelligimus, vetustissimum hunc esse morem reiiciendi judices. Plinius quoque *in Panegyrico pulcerrimo ad Trajanum* recusationis iudicum facit mentionem his verbis: *Sors & urna judicem assignat: Licet reiicere: licet exclamare; hunc nolo, timidus est.* Sic & Ascon. Pædianus meminit formulæ recusationis: *etero, iniquus est.* Quò respexit Cujacius quando definivit recusationem, eierationem judicis: *ad d. Rubr. Extr. de appellat.* Simul etiam hinc intelligimus, mediante juramento debuisse olim fieri recusationem, ut scilicet judicem reiecturus juraret, sibi hunc judicem suspectum esse: quæ tamen necessitas jurandi posteà in desuetudinem abiit. Hæc de antiquitate & æquitate hujus juris: quæ in eo consistit, ne quis cogatur inimicum suum, aut alio vitio fortè laborantem, pati judicem, à quo sibi nihil nisi vexatio & condemnatio certissima sit expectanda. 77

De secundo † sciendum est, recusari posse, ac reiici tantùm judices pedaneos: non etiam ordinarium, sive magistratum. Huic enim si suspectus sit, ad- 78

Digitized by Google

fungi debet iure novissimo Archiepiscopus, vel Episcopus eius loci. *Nov. 53. & Nov 86. & Auth. si verò contigerit. C. de iudic.* In quo habita est ratio dignitatis magistratus, cui parcendum visum est, ne tàm facilè removeatur, aut recusetur.

79 Tertiò † de causis recusationis, quænam sint justæ ac sufficientes: sciendum est, licuisse olim recusare iudicem, etiamsi quis nullum argumentum suspicionis, nullam causam attulisset: ut docet Cujacius *lib. 9. observ. 23.* Verùm quia hæc res nimiam pariebat licentiam, & confusionem, receptum est tandem, ut non aliter valeret, vel admitteretur recusatio, quàm expressà causâ, neque illà quâlibet aut leviculâ, sed tantùm justâ & gravi. Sunt quidem illæ causæ variæ ac multiplices, ut docet Maranta, qui quasi quadraginta recenset, *part.*

80 *6. de ord. iudic. in secundo actu principali:* † pleræque tamen omnes possunt revocari ad hæc summa capita: amicitiam, & inimicitiam iudicis: amicitiam, inquam, vel inimicitiam, quæ ipsi vel cum alterutro litigatorum, vel cum eius cognatis intercedat. Et generaliter quæcunque sunt justæ causæ reiiciendi testis, easdem intelligere debemus esse etiam iudicis reiiciendi: & quidem iudicis tantò quoque magis, quàm testis, quantò maius & præsentius est periculum, quod imminet à iudice, quàm quod à teste: cùm illius, quàm huius multò maiorem in re controversà potestatem esse, nemo non videat. Sed quia generaliter dicta solent esse obscura: & quæ in specie non attinguntur, ea videntur neglecta, teste Ulpiano: præstat aliqua enumerare specialiora, ob quæ Judex, ut

81 suspectus, recusari potest Igitur amicitiæ intuitu judex recusatur, † 1. si quis sit, aut esse velit iudex in causâ propriâ. Amor enim, quem quisque erga se habet, omnes alios amores, aliasque necessitudines superat: & potentissimus est affectus φιλαυτίας, qui summus est gradus & origo ac mensura omnium aliorũ amorum & amicitiarum: ut etiam Aristoteles disputat *lib. 9. Eth.* Quare salubertimè constitutum est Jure civili Romano, ne quis in suà causâ iudicaret, vel sibi ius diceret. *l. un. & 1. 1. C. ne quis in suâ caus. judic. & l. 10. qui Iurisdictioni. ff. de iurisd. & l. ult. § pen. in verbis: Sciant autem ipsi quoque nec de se, nec de suis facultatibus iudicaturos aliquid, &c. C. ubi sen. vel clariss. civ. vel crim. conv.* Ulpian. quoque iniquum esse ait, aliquem suæ rei iudicem fieri. *l. 17. Iulianus. ff. de iudic.* Qua ratione nec arbiter de re suâ quis fieri potest. *l. pen. ff. de rec. arb.* Ampliatur hoc, ut ne quidem reges ac principes in propriâ causâ iudices sedere possint. *Maranta part. 6. actu 2. principali, num. 33.* Ex quo flaxit laudatissimus ille mos principum submittendi sese iudiciis curialibus in causis propriis, & consiliariis suis, iudicii Assessoribus, remittendi iusiurandum, quo ipsis erant obstricti, ut scilicet

82 tantò liberiùs secundùm ius ac leges iudicare possint. Excipitur † tamen primò supremus princeps, qui superiorem non recognoscit. Hic enim iudex esse poterit controversiæ inter se & subditos exortæ. Ita Canonistæ *ad cap. 1. Extr. de probat.* & Maranta *d. act. 2. num. 34.* & Baro Fridericus Schenck *lib. 1. Progymn. For. t. 1. in f. arg. c. 10.* Guilisarius *c. 23. q. 4. & l. 3 ff. de his quæ in test. delentur. & l. 41 & hoc Tiberius. ff. de hered. inst.* In *d. l. 3.* Antoninus Imp. ipse iudicavit in causâ ad fiscum suum pertinente: In *l. 41.* iudicavit Tiberius Cæsar in causa hereditatis relictæ servo suo Parthenio, cui alius quidam fuerat substitutus. Videatur etiam

Digitized by Google

etiam §. *ult. I. de vulg. subst.* In *d. c. 30.* Papa Sylverius Anathemate percussit eum, à quo fuerat per vim detentus: atque ita sibi ipsi ius dixit. Sic recens est exemplum Clementis VIII. contra Ducem Ferrariensem, ubi etiam Papa in propriâ causâ judex fuit: quod ipsis non est novum. Ratio autem exceptionis esse videtur: quia in supremo illo fastigio Imperii cessat omnis siniſtra suspicio, quasi quis sui ipsius amore studioq; corruptus iniquam velit ferre sententiam. Sed notandum est quod dicebam: controversiæ inter se & subditos exortæ summum Principem judicem esse posse. Nam si princeps superiorem non recognoscens, controversiam habeat cum aliquo non subdito: eius judex esse non possit. *Maranta d. num. 34.* ubi etiam allegat *cons. Socin. 120. lib. 1.* Idque ideò: quia hîc cessat illa ratio exceptionis modo dicta. Huc pertinet, quod controversiæ, quæ fortè movetur Imperatori à non subdito, ipsius judex est Elector Palatinus, ex aureâ Bullâ Caroli IV. Quod etiam annotavit Treutlerus noster *in Disput. de judic.* Deinde † excipitur is, qui ordinariæ præest jurisdictioni. Hîc enim si 83
palàm & publicè contumeliâ aliquâ afficiatur, aut maledictis incessatur, poterit ipse per se auctorem illius injuriæ punire. Qua de re videatur Fridericus Schenck. *t. 1. inf. lib. 1.* Praxis forensis, & Canonistæ *in c. dilectus filius. Ext de pœn.* Ratio hujus exceptionis est, quia hîc non tàm suæ causæ privatæ judex esse videtur, quàm læsæ publicæ dignitatis, & jurisdictionis suæ vindictam & pœnã à jure statutam exequi & exigere. Est † autem superiori ampliationi regu- 84
læ nostræ addenda etiam hæc: Non tantùm neminem posse in suâ causâ judicare si res, de qua agitur, principaliter ad ipsum pertineat judicem: verùm etiam si per consequentiam aliquo modo ad eius commodum, vel incommodum spectet: verbi gratia si teneatur de evictione rei, de qua agitur, vel si fideiusserit pro Reo. *Maranta d. act. 2. num. 65.* Aliud exemplum est, si judex sit dominus alterius partis, sive si alter litigantium ex eius subditis sit. Schenck *d. t. 2. vers. Quarto dominium, &c.* Aliud exemplum est in Prælato Ecclesiæ: Nam & is si judex esse velit in causâ ad Ecclesiam suam, & consequenter ad se pertinente, poterit recusari. *Mar. d. act. 2. num. 51.* II. † Potest recusari judex, si consangui- 85
neus sit vel affinis alterius partis. *cap. postremo. Extr. de appell. & cap. accedens. 2. Extr. ut lite non contest. Mar. d. act 2. n. 29 & seq.* ubi ex Bartolo *ad l. 10. ff. de jurisd.* addit hanc limitationem: nisi judex utrique parti æqualiter esset coniunctus: tunc enim ipsum non posse recusari, tanquam suspectum. Neque immeritò: hîc enim cessat ratio suspicionis, quam excludit par affectio erga utrumque.
III. † Recusationis causa est, magna familiaritas, quam habet judex cum al- 86
terâ parte: cum qua ipsi domestica vitæ consuetudo intercedit, *c. insinuante, ubi gl. & Dd. Extr. de off deleg. & Maranta d. act 2. num. 27.* & Frid. Schenk. *lib. 1. progymn. tit. 2. in pr.* Ratio est, quia affectio & studium erga propinquos & familiares solet impediri veritatem *vid. c. accusatores 3. c 3. q. 5.* Huc pertinet, si judex sit collactaneus, si compater, si socius, si commensalis, si conterraneus, sive concivis alterius partis, si eiusdem Ecclesiæ concanonicus, si suffraganeus eius, qui judicem impetravit. *vid. Mar. d. act. 2. num. 38. & seq. & num. 56 & 71.* Eô dem pertinet & is, qui nimis favet alteri parti, nimiam amicitiam & propensionem èi de-

monſtrando. *Mar.num.43.d.act.2.* Notandum eſt autem quod dixi de nimio favore,& paulò antè de magnâ familiaritate: Nam modica familiaritas,& amicitia,& mediocris favor,non ſufficit ad recuſationem iudicis, cum non ſit tantæ efficaciæ in animo judicis pervertendo. *Mar.d.loco.num. 27.& 43.* Huc item pertinet ille judex,cui altera pars ſecreto in aurem loquitur, ut ajunt Dd. *Mar.*
87 *num.44.d.act.2.* I V. † Cauſa recuſationis eſt,ſimilitudo litis, hoc eſt, ſi judex litem præſenti conſimilem habeat. Is enim cum præſumatur judicaturus ad eundem modum,quo in ſuâ causâ cuperet pronunciari, ex hoc ipſo merito ſuſpectus redditur. *cap.cauſam quæ. Extr. de Iudic.& c. perſonas. Extr. de teſt.lib. Mar.num.46.d.act. 2.* Schenck *tit. 2.verſ.Octavò conſimilitas cauſæ.* Ampliatur autem hoc,ut procedat etiamſi non omnimoda fuerit ſimilitudo: Nam ſufficit ad recuſationem,quòd cauſa ferè ſit conſimilis, etiamſi nō per omnia. Schenck. *d.verſ 8.in verb.nec fuerit opus.* Potuiſſet ſanè hæc cauſa quodammodò etiam ad primam, aut ad eius ampliationem referri: ſed majoris evidentiæ cauſa nihil
88 nocet.eam ſeparari. V. † Recuſari poteſt judex, quòd in eâdem causâ fuerit Advocatus,vel Aſſeſſor,vel Procurator. *c.poſtremò.& ibi notant Dd.Extr.de appell.& can ſtatutum.ubi gl.in verba cognitor.c.2.q.6.l.ult.inf.O.de Aſſeſſor.* Talis enim memor ſuæ affectionis vel advocationis non poterit nomen incorrupti judicis tueri. *vid.& Mar.d.act.2.num.47.* & Schenck. *tit.2.lib.1.verſ. Undecimò ſi fuerit Advocatus.* Notandum eſt autem quod dicebam, *in eâdem causâ* advocatum non poſſe judicem eſſe,ſine recuſatione: Nam ſi in alia aliisve penitùs ſeparatis cauſis advocationem aliquando præſtiterit, tùm verò nihil impedit, quò minùs judex dari poſſit: adeò ut non poſſit ex tali causâ recuſari vel refutari. *Mar.num.42.verſ.ſecus tamen.d.act 2.* Si tamen filius, vel alius conſanguineus judicis, vel eiusdem commenſalis in eâdem causâ fuerit advocatus, hoc quoque nihil impedit,quò minùs poſſit judex eſſe abſque recuſatione. *Mar.d. act.2.num. 55.* ubi monet hoc notandum eſſe, quia prima facie quilibet contra-
89 rium dicere poſſet. V I. † Recuſari poteſt judex, qui conſultus in eâdem causâ de jure propalavit votum ſuum pro alterâ parte: Nam ex hoc ipſo redditur ſuſpectus,etiamſi in eâdem causâ non fuerit advocatus. *Mar.d.act.2.nu.52.* Tametſi aliàs inter conſultorem & Advocatum differentia ſit, ut docet Tib.
90 Decianus *in Apolog. contra Alciat.c.19.* V I I. † Poteſt quis recuſari iudex idcircò,quòd fuerit in eâdem causâ teſtis,in qua nunc vult judicare. *arg.l.ult. ff.de teſt.& d.l.fin.C.de aſſeſſor.Mar.d.act.2.q 54.* & Schenck.*t.2.lib.1.verſ. Duodecimò, ſi iudex.* V I I I. † Poteſt recuſari iudex datus ad petitionem alterius
91 partis. *l.obſervandum.47.ff.de judic.& cap.inſinuante Extr. de offic. deleg. Mar.n.53.*
92 *d.act.2.* Sed obſtare videtur † *can.4.Iudices.c.11.quæ.1.* ubi judices alii eſſe non debent,quàm quos ipſe,qui impetitur,id eſt,Reus elegerit, aut quos cum eius conſenſu delegaverit Pontifex Romanus, eiusve autoritate primates Rei. Ex quo effici videtur,poſſe iudicem eſſe etiam eum,quem altera pars, verbi gratia Reus nominatim petierit dari. Non habeo,quod reſpondeam,niſi hoc, videri
93 id ſpeciale eſſe in clericis,de quibus ſolis ille canon agit. I X. † Si ipſe iudex procuraverit ſe impetrari,dariſque. *arg.l.25.quæ omnia.ff.de procur.& Mar.n.60.d.*

act.2.

Digitized by Google

act.2.Semper enim ſuſpectus eſt,qui ſeipſum intrudit,vel offert alicui muneri.
X. † Si idem qui fuerat judex in primâ inſtantiâ, fuerit in causâ appellationis 94
ſubrogatus à judice appellationis in eâdem causâ, in quâ anteà pronunciavit.
Quis enim credat,aliter eum pronunciaturum in ſecundâ inſtantiâ, quàm fe-
cerat in primâ? *Mar.num.63.act.2.* Dixi de cauſis, ob quas amicitiæ intuitu ju-
dex recuſari poſſit: Dicamus † nunc de odio & inimicitiâ cum alterutroli 95
tigatorum. I. † Igitur recuſari poteſt judex,ſi ipſe inimicus ſit alterius par- 96
tis,& odio adverſus eam laboret. Nihil autem intereſt,juſtum ſit odium, an in-
juſtum:probabilis eius cauſa,an improbabilis.Non etiam neceſſe eſt,ut capita-
les ſint inimicitiæ: cùm etiam non capitales, & quælibet, ſufficiant ad hoc, ut
iudex recuſari poſſit. *Mar.act.2.n.35.* Sunt † autem hæc ferè indicia & ſigna 97
odii,inimicitiæ,& alienati animi: ſi quis noluerit actum humanitatis erga ali-
quem exercere,verbi gratia,ſi recuſet admittere eum ad oſculum pacis, ſiqui-
dem id in eo loco uſitatum ſit. *Mar.d.loco nu.48.* Item, ſi quis noluerit aliquem
ſalutare,cum aliàs ſolitus ſit,ex eo cenſetur inimicus eſſe. *Mar.num.50.d.act.2.*
Sic noſtris moribus, ſi quis nolit cum aliquo bibere, vel propter illum ſedere,
vel ambulare:item,ſi quis minas effuderit contra aliquem *Mar.n.49* Poſſumus
autem minantem etiam adigere ad cautionem de non offendédo,ut docet And.
Gail. *in obſ.lib.*1. Item,recuſandi cauſa eſt,ſi judex animosè & injuſtè contra ali-
quem proceſſerit extra judicialiter. *Mar.nu.45.* Item,ſi judex habeat litem cum
altero ex partibus: ex iſto litigio oritur quædam inimicitia ſufficiens ad eum
recuſandum. *Mar.num.47* Item,ſi copulet amicitiam cum inimico eius, qui i-
pſum recuſare vult. *Mar.num.37.* Amicus enim inimici mei etiam mihi malè
velle præſumitur. Nam cum amicorum omnia ſint communia, etiam amici &
inimici ferè inter ipſos communes eſſe ſolent: quade re dixi etiam nonnihil *in*
Partitt.Feudal.inter cauſas amittendi feudi. Item ſi judex nolit audire advocatum
in causâ, *Mar.num 72.* Huc quoque pertinet is caſus,quo quis ſimul & accuſa-
tor eſſe vult,& judex,cum & accuſatio hoſtilem arguat animum. Eleganter e-
nim D.Auguſtinus:*quis ſibi utrumque audeat aſſumere, ut cuiquam ipſe ſit accuſa-*
tor & iudex can.18.multi c.2.q.1.& Damaſus Papa, qui eodem tempore vixit cum
Auguſtino,& Hieronymo: *accuſatores*,inquit,*& iudices non iidem ſint, ſed per ſe*
accuſatores,per ſe iudices.can.2.nullus c.4.q.4.vid.& can.1.ibid. II. Etiamſi † quis 98
ipſe non ſit inimicus alterius partis, adhuc tamen recuſari poteſt judex ob id,
quod inimici ſubditus,aut vaſallus,aut ſuffraganeus ſit. *Mar.nu.40.& ſeq.* Præ-
ſumitur enim à recto tramite deviare,metu ſuperioris ſui.Huc pertinet, quod
propter ſuſpicionem, quà laborat dominus, tota quoque familia eius recuſari
poteſt. *Mar.num.31.* Nam qualis eſt paterf. tales & familiares, ſeu domeſtici eius
eſſe præſumuntur,juxta proverbium; *quales domine, tales ancillæ.* Sicut & in
Rep quales ſunt principum mores, tales & cæterorum civium eſſe conſueve-
runt: ut eſt nobiliſſima Platonis ſententia, celebrata & Ciceroni, & Plinio *in*
Panegyr.& Claudiano & Herodiano,& Georg.Buchanano *in Dialogo de Iure re-*
gni apud Scotos. Item, quòd ex quâ causâ poteſt recuſari ordinarius, ex eâdem
poteſt recuſari etiam vicarius eius. *Mar.n.38.ead.act 2.* Quare ſi ordinarius ju-
dex ini-

dex inimicus sit partis., poterit etiam vicarius eius ab eâdem parte recusari.

99 III. † Judex, à quo appellatum est, pendente appellatione non immeritò est suspectus ei, qui appellavit, seu gravatus est per sententiam eius: & quidem suspectus non in eâdem causâ solùm: (nam in eâ quasi manus ligatæ sunt ipsi per superiorem iudicem, ad quem facta est provocatio.) sed etiam in quavis aliâ.

100 *vid. Mar. num. 61.* Sed † quid dicendum de quondam inimico, nunc autem reconciliato, an hic quoque recusari poterit, an verò sine recusatione admitti debebit? Imò etiam talis rectè recusatur: nam inimicus qui fuit, in eo etiam post reconciliatam gratiam remanent semina quædam & reliquiæ, ut etiam à testimonio propterea repelli possit, quod aliquando inimicus fuerit, aut certè testimonium eius non sit omni exceptione maius. *Mar. num. 64.* Unde & vulgò dicitur, *ab inimico reconciliato cavendum esse.* Sicut enim in vulnere corporis licet sanato, tamen remanet cicatrix, quę interdum recrudescit etiam, aut denuò subpuratur: ita in animis quoque comparatum videmus. Atque ut in morbis sæpè metuendæ sunt recidivæ: ita etiam in odiis, & inimicitiis, qui sunt quidam animorum morbi.

101 Sunt † aliæ quoque causæ recusationis, quæ neque ad amicitiam, neque ad odium commodè referri possunt. Talis est in primis illa, si iudex sit homo illiteratus, imperitus, &, ut Dd. loquuntur, grossus, sive grossulanus: causa verò, cui disceptandæ adhibetur, sit subtilis & ardua, quæ non possit rectè ipsi committi. *Mar. act. 2. num. 67.* allegans ad hoc auctoritatem Baldi, Jasonis & Felini. Item, si sit indiscretus, id est imprudens; si consueverit esse iniquus. *Mar. n. 69. & seq.* Item, si nimis sit severus & crudelis. Nam hanc ob causam potest etiam ordinario judici, sive magistratui adimi iurisdictio, ob nimiam, inquam, sævitiam & crudelitatem, per quam suâ potestate abutitur. *Mar. num. 68.* quod ipsum etiam attigi *in Partit. feudalib. ubi dixi, de causis amittendi Feudi in persona senioris.* His addendum, si judex ab alterâ parte accepit donum vel munus: si, inquam, vel precio, vel prece, passus fuerit se corrumpi: Item, si timeat adversarium. *Mar. n. 62. & 66.* Porrò de judicibus δωροφάγοις, donivoris, & eorum sordibus sive corruptelis munerum, quomodo iis pervertatur judicium, & oculi etiam sapientum excæcari soleant, ut ait Salomon, satis dixi & nuper *ad XII. Tab. CL. 1. c. 5. de pœnâ judicis, qui se pecuniâ corrumpi passus fuerit.* Item, *in orat. 2. de Iudicio*; quæ

102 hic non repetam. In summâ, † ut ait D. Bernhardus, *ubi affectus iudicat, ratio claudicat.* Et nota est sententia Julii Cæsaris apud Sallustium *de bello Catilinario*; de vi affectus, seu perturbationum animi, quæ non tantùm valet in deliberationibus in senatu, sive consultationibus senatoriis, verùm etiam in Judiciis. *Quatuor* autem præcipuè *modis pervertitur humanum judicium:* timore, cupiditate, odio, amore, ut præclarè docet Gregor. M. *in c. 78. quatuor modis. c. 11. q. 3.* *Timore, dum metu potestatis alicuius veritatem loqui pertimescimus: cupiditate, dum præmio animum alicuius corrumpimus: odio, dum contra quemlibet adversa molimur: amore dum amico vel propinquo complacere contendimus.* Horum igitur, & si qua similia sunt, si vel unum aliquod in judice deprehendatur, justam præbet causam eius recusandi: &, ut vulgò loquũtur, parit exceptionem recusationis.

Si qui-

Sequitur † quartum membrum ex ſupra propoſitis, quomodo proponi 103
debeat recuſatio? Forma autem ſeu modus hic eſt, ut cauſa eius libello judici
porrecto inſeratur, vel judice abſente apud acta præſidis vel defenſorum civi-
tatis, vel Duumvirorum. *l. apertiſſimi. & l. ult. C. de ind. l. ſi pariter. ff. de liber. cauſ.*
Cujac. *lib. 9. obſ. c. 23.*

Sed † quæritur, an & probatio cauſæ incumbat recuſanti, ſive eam alle- 104
ganti? Hîc notanda eſt differentia inter jus civile & Canonicum: Nam ex *l. a-*
pertiſſimi. C. de judic. id eſt, ex Jure civili, non eſt neceſſe quicquam offerri vel
probari à recuſante de cauſâ ſuſpicionis: quo facit etiam *l. 4. inf. ff. ad SC. Trebell.*
Bart. *ad d. l. apertiſſimi.* & Donell. *lib. 17. comm c. 25.* Sed Jure Canonico, niſi cauſa
legitima inſerta probetur, non admittitur recuſatio. *c. ſecundò requiris. 41. & c. 61.*
cum ſpeciali. extr. de appell. & cap. 39. ſuſpicionis. extr. de offic. deleg. Mar. part. 4. diſt.
5. num. 40. Et dixi in tr. differentiarum d. lib. 5. cap. 8. Et hoc Jus canonicum uſu præ-
valuit Juri civili. Neque ſanè immeritò. Nam ſi licebit cuilibet ſine probatio-
ne juſtæ & legitimæ cauſæ pro arbitrio ſuo judicem recuſare: tùm facilè fene-
ſtra aperiretur improbitati: cùm tamen aliàs ſcriptum ſit, malitiis hominum
non eſſe indulgendum. *l. 38. in fundo ff. de rei vindic. & l. 9. ff. de ſervit.* Deinde illud
quoque foret abſurdum & contra morem judiciorum, audiri aliquem affir-
mantem quippiam ſine probatione, *l. 2. & l. 9. in exceptionibus. ff. de probat.* Quò
pertinet illud vulgò jactatum: *non ſufficit dicere ſive allegare, ſed oportet etiam pro-*
bare: Jam enim cuivis impunè quidvis confingere ac mentiri liceret. Igitur
hoc jus tenebimus; & ſequemur formam recuſationis traditam à Panormita-
no *in proceſſu Iudiciario.*

Quintus † erat locus de tempore, quo proponenda eſt recuſatio judicis. Ait 105
autem de eo Imp. *in d. l. apertiſſimi. C. de judic.* antequam lis inchoëtur, licere liti-
gatoribus judices recuſare: idque bis repetit. Et addit: poſt litem conteſtatam
recuſari non poſſe. Ex qua oppoſitione ſatis intelligimus, illa verba: *antequa-*
lis inchoetur: idem valere, quod *ante litis conteſtationem.* Nam ante hanc non-
dum eſt lis inchoata, ſed tantùm præparatio ad litem, ſive judicium futurum.
Et hanc Juſtiniani legem laudat etiam Nicolaus Pontifex, ſcribens ad Michaë-
lem Imp. Conſtantinop. *can. ult. in f. c. 3. q. 5.* Sit igitur nobis hæc conſtituta regu-
la: *Recuſatio ſuſpecti iudicis ante litem conteſtatam opponenda eſt.* Ratio regulæ hæc
eſt: quia qui litem conteſtatur apud ſuſpectum judicem, is tacitè renunciaſſe
intelligitur cauſis recuſationum, quas in eum afferre ſeu allegare poterat. Cu-
jac. *d. lib. 9. obſerv. c. 23. in pr.* Jam autem in quem quis ſemel conſenſit, eum am-
pliùs repudiare non poteſt, niſi fortè nova emerſerit cauſa: de quo infrà. Habet
autem hoc iſta exceptio recuſationis commune cum aliis dilatoriis ſeu tempo-
ralibus exceptionibus, qualis eſt etiam præſcriptio fori, ſive exceptio incom-
petentiæ, item exceptio procuratoria, &c. Quod genus exceptionum etiam
initio litis, & in ipſo limine quæſtionis opponendum eſt, ut aliàs latiùs explica-
tur, *ad t. l. de exception.* Ratio eſt, quia pleræque dilatoriarum exceptionum a-
gunt de Perſonis; puta de Judice, de Actore, de Reo, de Procuratore conſtituen-
do: æquum eſt autem ut ab initio eæ perſonæ, ex quibus judicium conſtet, ut eſt:

106 *in can.1. c.4.q.4.* certæ constituantur. Usque † adeò verò antequam litis inchoëtur, sive ante litis contestationem opponi debet exceptio recusationis, ut etiam præcedere debeat omnes dilatorias exceptiones: quod benè notandum. Nam si ulla exceptio dilatoria coràm tali judice allegetur, quem quis habet suspectum, omissâ recusatione eius; jam hoc ipso agnitus videtur esse judex, & semel in ipsum consensum: ut non possit deinde ampliùs recusari; perinde ut fit etiam in præscriptionibus fori. Quæ est notabilis cautela: de qua & Maranta videatur *part.4.dist.12.num.5.& 6.& part.6.act.2.n.25.* & Hartm Hartm *in Practic. obs.tit.1.obs.11.* quorum uterque allegat textus utrius que juris, verbi gratia *l.fin. C.de Except.l.52.sed & si susceperit. in pr.ff. de iudic. & c.inter Monasterium, ubi gl.*
107 *extr.de re iudic.* Est tamen † à superiori regulâ exceptio notabilis: nisi nova aliqua causa suspicionis & rejectionis post litem contestatam supervenerit vel emerserit, quæ initio litis vel nulla fuerat, vel certè incomperta latuerat. Tunc enim recusatio iudicis in quâcunq; parte litis opponi poterit non solùm post litis contestationem, verùm etiam post conclusionem in causâ. *Mar. act.2.nu. 74.* & Cujac. *lib.9.observ.c.23.* Ratio exceptionis, cur, inquam, has novas causas liceat opponere etiam post litis contestationem, manifestæ est æquitatis: quia cum primùm emerserint, vel in notitiam litigantis pervenerint, nihil est, quod imputari ei possit, qui non ante eas opposuerit. Nam quod nondum est, vel quod nos latet, opponi certè non potest. At si quis eas causas, quæ erant initio litis, & quas sciebat esse, omiserit, jam est quod ipsius negligentiæ imputetur. Exemplum novæ causæ post litem contestatam primum emergentis habemus in *l. Iulianus. ff. de iudic.* ubi Judex, qui iam cœperat judicare ab altero litigatorũ factus est heres ex asse, vel ex parte. Hæc iam iusta est causa, cur iste Judex recusetur, & necessario sumatur alius: ne videlicet in suâ causâ judicet: quod est iniquum, ut supra dixi. Sic finge: lite pendente emersisse inter judicem & unũ litigantium capitales inimicitias, aut affinitatem, aut aliam necessitudinem, puta quia iudex actoris socer, vel gener factus est. Hæc justa est recusationis
108 causa, quæ etiam post litis contestationem proponi potest. Nec obstat † huic exceptioni, quod *in d.l. apertissimi.* dicitur indistinctè, *post litem contestatam recusari non posse judicem.* Intelligendus est enim ille locus de iisdem causis, quæ erãt initio litis, & quas tunc habebat cognitas ille, qui vult obiicere: non etiam de iis, quæ novæ supervenerunt, cum antea nullæ essent, aut quæ ad notitiã ipsius primum pervenerunt, cum prius essent incognitæ. Hoc enim ex aliis locis juris nostri supplendum est: sicut non est novum, ut in una lege omissum ex aliis le-
109 gibus sit addendum vel subaudiendum. Porrò † ad tẽpus opponendæ recusationis hoc quoque pertinet, quod Justinianus ei præscripsit dies viginti post oblationem libelli *Nov.53. Nov.82.* Cujac. *d.c.23. lib.9.obs.* Quid † si quis re-
110 cusationem opposuerit quidem intra debitum tempus, sed tamẽ posteà coram eodem judice pergat litigare? Hic videtur eo ipso tacitè renunciasse recusationi à se factæ: perindeque est, ac si nunquam recusasset: ut audiendus non sit, si postea fortè ad recusationem reverti velit. *Mar. d.act.2.num.75.* Non enim ferenda est hujusmodi levitas, & variatio puerilis ac desultoria: *nolo, volo, nolo rursum,*

sum: ut est apud Terent. Cum in actibus humanis, maximè publicis & judicialibus ac solennibus requiratur, & laudetur constantia in proposito. *argum. cap. quod semel. de R. I. in 6.* Huic simile est, quod etiamsi quis interposuerit appellationem; tamen si eandem non persequatur, deserta fiat, & perinde habeatur, ac si nunquam fuisset provocatum: de quo aliàs dicetur *infra parte decima.*

Sextò † dixi, videndum esse, quis cognoscat de causâ recusationis, utrum 111
sit vera, justa, legitima, & idonea, ac sufficiens, nec ne? Ad hanc quæstionem distinctione adhibitâ respondendum est. Aut enim causa recusationis est notoriè falsa, frivola, & frustratoria: aut est dubia. Priore casu ipse judex potest spernere & repellere recusantem: neque admittet recusationem sui, vel patietur ad arbitrorum electionem referri, seu perveniri: sed procedet in causâ recusatione nô attentâ. Posteriore casu, si causæ qualitas & veritas est dubia; ut plerumque: cognitio huius rei non pertinebit ad judicem recusatum, sed arbitri à litigatoribus electi cognoscent & examinabunt recusationis causam, vera, an falsa, justa, an injusta, sufficiens aut insufficiens sit. Hartm. Hartm. *in Pract. obs. t. 1. obs. 13.* & Cujac. *d. lib. 9. observ. 23.* Ratio dubitandi; cur ipse judex de causâ recusationis cognoscere debere videatur, hæc est: quia idem etiam potest ac solet cognoscere, an sua sit jurisdictio sive notio, necne. Sed decidendi ratio est, quia metuendum est ne judex, per recusationem irritatus & offensus, magis etiam obsit recusanti, quàm aliàs ei nocuisset. Unde sicut in causâ principali, ita etiam in illo puncto incidenti meritò timetur ac suspectus est: ut docet Hart. *d. obs. 13. num. 1.* Hic 112
†, tamen, quod ad electionem attinet arbitrorum, notandum est discrimen inter jus Canonicum & civile: Nam hoc jure arbiter, vel arbitri non cognoscunt de causis recusationum: sicut Jure Canonico: sed de ipsa lite, quasi scilicet substituti in locum recusati. Videatur Cujacius *d. c. 23.*

Septimò † restat, ut postremo loco dicamus de effectu, quem habet recusa- 113
tio judicis suspecti. Est autem recusationis effectus ferè idem, qui & appellationis. Unde etiam *lib. 2. decretal.* sic concipitur *tit. de Appellationibus, Recusat. omnibus, & Relationibus.* Et Rob. Maranta *parte 6. act. 2.* post appellationem inter alios terminos suspensivos, ut vocant, etiam de recusatione tractat. Quemadmodum enim appellatio interposita apud inferiorem judicem, & debito tempore introducta ad superiorem judicem, ligat manus inferioris, sive judicis à quo: ut quidquid posteà attentaverit in illâ causâ, sit ipso jure nullum: ita etiam recusatio judicis adimit reiecto sive recusato iurisdictionem, omnemque iudicandi potestatem: adeò ut ne quidem alteri possit causam committere absque consensu recusantis. Quare si judex recusatus non admissâ causâ recusationis, vel suspicionis, quæ allegatur, nihilominùs procedat in causâ principali: talis processus ab eo attentatus est nullus: quippe contra ordinem juris institutus: quidquid, inquam, agitur à judice recusato, id planè nullius est momenti. Debebat enim priùs cognosci ac disceptari causa suspicionis, & interim principalis causa suspendi. *vid. & Treutl. in Disp. de judic. 12. th. 12. in f.* qui etiam *thesi praeced.* multa habet ad recusationem iudicis pertinentia. Hic tamen effectus expiat per patientiam & taciturnitatem eius, qui recusationem semel interposuit:

Nam si is postoppositam causam suspecti adhuc tamè in iudicio præsens compareat, (vel per se, vel per procuratorem) nec appellet, sed judicem ad ulteriora procedere patiatur; videtur tacitè renunciare suo juri, sive exceptioni recusationis. Poterat enim ac debebat post interpositam recusationem non amplius comparere; quamvis à judice citatus, cùm is in causâ principali ulteriùs procedere vellet. Talis namque temeraria citatio non arctat citatum: postquam scilicet expiravit, aut certè interquievit, ac in suspenso esse cœpit eius jurisdictio, sive officium *Panor. in c. cum speciali. Extr. de appell.* quem & Hartm. allegat *d. t. 1. obser. 10.* Expirat quoque & cessat hic effectus recusationis, si causæ suspicionis apud arbitros non fuerit probata, sed rejecta: tunc enim judex manet is, qui temerè est recusatus. *c. 41 secundò.* & ibi Cujac. *& alii. Extr. de appell. recus. & relat.* Ita enim & in appellatione jus est, ut si fuerit rejecta à superiori Judice, remittatur causa ad priorem judicem, ac perinde habeatur, ac si nunquam fuisset appellatum. Et hæc de recusatione judicis hoc loco dixisse sufficiat.

114 Reliquum † est, posteaquam de Personâ Judicis, & de recusatione suspecti diximus; ut addamus etiam quædam de officio judicis, sed breviter: Nam si omnia persequi vellemus, quæ hác de re dici possunt, vel ex eâ solâ justum volumen nobis nasceretur.

115 Judicis † officium ita primùm licet partiri: ut aliud sit *universale*, seu *generale*; ad totum ipsius munus, omnesque eius partes pertinens: aliud sit *speciale*, seu *particulare*, quod circa hanc vel illam judicii partem versatur: verbi gratia, circa citationem & cognitionem causæ, & examen testium, & interrogationes litigantium, aut dilationes dandas, aut denegandas ad interlocutionem, deniq; ad sententiam proferendam spectans: item, ad apostolos dandos & admittendam vel denegandam appellationem. Item aliâ ratione partiri possumus officium judicis; ut aliud consistat *in faciendo*; aliud *in omittendo*, sive *non faciendo*. Nihil hic dicimus de vulgari illâ partitione, quâ Dd. officium judicis aliud faciunt *nobile*, aliud *mercenarium*: de quo videatur Cujacius *ad Afric. tr. 3. p. 69.*

116 De † universali officio judicis hæc præcepta teneantur. Primum † ac
117 summum illud esto; in judice timorem domini inesse debere. *Exod. 18. vers. 21. & 2. Paralip. cap. 19.* ubi Josaphat Rex, judicibus à se constitutis per civitates Judeæ ad hunc modum præcipit: *sit timor Domini vobiscum, & cum diligentiâ cuncta facite, &c.* Unde & Fridericus I. Imp. scribitur in consilium adhibuisse tales, qui non tantùm jurisperiti essent, sed etiam Dei timentes, *quibus ipse timorem nòrat*
118 *inesse Dei*, ut loquitur de eo Günther *lib. 8. Ligurini. vers. 447.* Alterum † est: Judicem boni & innocentis viri officio fungi oportet, *l. 4. §. 1. ff. fam. ercisc. l. 17. sed si unius §. 5. ait prætor. ff. de minor.* quo modo & arbiter quasi vir bonus dicitur electus disceptator, *in l. 2. §. 1. ff. de recept. arbitr.* Quam multa autem complectatur viri boni appellatio, quamque sit difficilè hoc nomen tueri, docent Cicero, Lactantius & Ausonius *in Idyllio, cui titulus*, VIR BONUS. Huc pertinet, quòd Philo Hebræus *in lib. de Iudice in pr.* jubet *judicem assumere unà cum calculo intelligentiam, justitiam, & fortitudinem. Intelligentiam, ne decipiatur: Justitiam, ut quod cuiq; debetur pro dignitate, sive ex meritò, ei tribuat. Fortitudinem denique ne se precibus,*

precibus vel misericordiâ frangi sinat, quò minùs in convictos animadvertat. Qui locus conferri debet cum sententiâ Callistrati *in l. 19. observandum. §. 1. ff. ad offic. præsid.* ubi ait: *Judicem in cognoscendo neque ex candescere oportere adversus eos, quos malos putat; neque precibus calamitosorum illacrymari: Id enim*, inquit, *non est constantis & recti judicis, cujus animi motum vultus detegit: Et summatim, ita jus reddi debet, ut auctoritatem dignitatis, ingenioso suo augeat.* Ex quo loco etiam hoc obiter notandum, aliquando præsidem appellari *Judicem*, & Judicem dici *Jus reddere*: Quod intelligendum tamen de majore judice, sive magistratu, non de pedaneo, sive judice dato, sive minore: Hujus enim propriè est judicare, non, jus reddere, sive jus dicere: ut supra distinximus inter magistratum & judicem. Quæret aliquis, cur Philo omiserit quartam virtutem principem, sive cardinalem, ut vocant, nempe temperantiam? quia de hac seorsim in eodem libello tractare voluit, ubi de abstinentiâ munerum. Tertiò: † Innocentiæ pars hæc quoq; 119
non est postrema, ut à sordibus judex abstineat, neve muneribus se corrumpi patiatur: ne fiat δωροφάγος, ne venales habeat sententias, adeoque ne ab eo quidem quicquam accipiat, qui bonam habet causam, ut secundum eum pronunciet. *l. 2. §. ult. ff. de condict. ob turp. caus.* Cum quo textu concordat Jus Canonicum, *in can. 66. qui rectè judicat. c. 11. q. 3.* Memor enim esse debet judex gravissimarum pœnarum, quæ malè judicanti sunt præpositæ; maximè si per dolum: de quibus pœnis dixi non ità pridem *ad l. 2. tab. cl. 1. c. de judice malè judicante.* Memor † quoque esse debet, aliud licere Advocato ac Jurisperito, aliud Judici. 120
Non enim ideò debet judex justum vendere judicium, quia vendit Advocatus justum patrocinium; Jurisperitus, verum consilium; ut eleganter scribit Augustinus *ad Macedonium Epist. 54.* ex qua plura eius verba referuntur *in c. 15. non sanè. c. 14. q. 5. & c. 71. non licet. c. 11. q. 3.* Reddit etiam idem sanctissimus scriptor rationem diversitatis: quia illi inter utramque partem ad examen adhibentur: isti ex unâ parte consistunt. Soleo & hanc rationem reddere istius differentiæ: quia si quid ab Advocato, aut Jurisperito, qui uni parti dat operam, omnique studio pro eâ, ut superior evadat, laborat, fortè peccatum fuerit, id facilè à judice poterit erratum corrigi: at si ipse iudex vel etiam testis se corrumpi passus fuerit, quis erit qui hæc emendet, aut restituat in integrum? Quartò, † est 121
& hoc generale præceptum: omnes judices sequi debere veritatem & legum ac justitiæ vestigia, sive omni modo cum veritate ac legum observatione judicium disponere. *l. 13. nemo judex. in f. C. de sent. & interloc. l. 14. rem non novam. in pr. C. de Indic.* Unde & Manilius *lib. 3. Astronomicorum* eleganter. *Cum index vero nihil amplius annotat ipso.* & Güntherus *lib. 8. versu 560.* de Imp. Frid. scribit, eum cunctas per urbes imposuisse, vel ab aula sacra delegasse edoctos in jure viros, verique sequaces, medio qui cuncta negotia juris limite discuterent; & cavisse, ne favor aut odium sensus eorum corrumperet. Et *lib. 9. versu 325.* idem Imperator arbitros quoq; tales eligendos monet, quibus omnia vero postponenda quidem certa ratione putetur: quique Deicerto petagenda timore negotia dirimenda suscipiant. Quintò: † atque hæc se præstiturum judex etiam ju- 122
rejurando se adstringere debet. *d. l. 14. in pr. C. de judic.* Mutuati sunt Romani, &

usurpârunt hoc (ut alia quoque multa pulcerrima instituta) ab Athenienſibus. Nam apud hos quoque ex instituto Solonis jurabat judex, ſe laturum ſententias ſecundùm leges, neque munera accepturum, pariterque Actorem & Reum auditurum, & pronunciaturum de eare, de quâ propriè actio eſſet inſti-
113 tuta. Videatur & Jac. Rævardus *lib. 5. var. c. 8.* Hinc † eſt, quòd in jure noſtro *religio judicis* toties appellatur: ut *l. 13. quæſitum. ff. de teſtibus. l. ult. ff. de ſuſp. tut. l. 1. ff. de rebus eorum qui ſub tut. l. 13. generaliter. C. de non num. pec. l. 2. §. ult. ff. de vac. & excuſ. mun. l. 32. D. Hadrianus ff. de re judic. l. ult. C. ſi ex falſo inſtrum. vel teſtim. jud. Sit. l. 1. §. D. ſeverus. ff. de quæſtionibus. Paul. lib. 5. ſent. tit. 5. in f.* & ſic præſes religionem judicationis ſuæ temperare dicitur *in l. 6. C ſolut. matrim.* Sic proferre debet judex ſententiam pro ut religio ſuggerit. *l. 79. eum quem. §. 1. ff. de judic.* & plurimis aliis locis, judici religio ob hoc ipſum tribuitur, quia juratus judicat. Sic
114 † hodiè quoque judices in benè conſtitutis judiciis jurare coguntur, & extant elegantes jurisjurandi formulæ Germanicæ in ordinatione Aulici Judicii Illuſtriſſimi Principis Brunswicenſis Julii, cujus auctor fuit Mynſingerus *tit 13.* quam formulam totidem penè verbis expreſſerunt conſiliarii Electoris Palatini, tùm *in ordinatione inferiorum judicorum, tit. 4.* tùm in *Superioris Judicii Aulici ordinatione. tit. 10. p. 24* Ambarum hæc ferè ſunt capita, numero decem. I. Quod eſt generaliſſimum, Judicem fore fidelem ac probum in adminiſtratione ſui muneris, ſive, ut vett. loquuntur, boni & innocentis viri officio functurum. II. Judicaturum pro ſuo captu ſecundum jura communia, ſive leges Cæſareas, & honeſtas conſtitutiones: item ſtatuta & conſuetudines (quatenus tamen hęc allegabuntur, & probabuntur: Nam hoc neceſſarium de ſtatutis & conſuetudine, cum ſint facti, & probabiliter ignorentur à judice, nec præſumantur. And. Gail. *lib. 1. obſerv. 36.* gl. & Bart. *ad l. 2. C. ſi contra ius vel util. publ.* Videatur *& cap. 1. de conſt. lib. 6.*) III. Idem & æquale jus impertiturum omnibus, cuiuscunque ſint loci aut ordinis, ſive ſplendidioris fortunæ, ſeu tenuioris: erga omnes, inquam, homines parem eundemque ſe futurum. IV. A juris & æquitatis tramite nunquam deflexurum, neque amore & gratiâ: neque odio & inimicitia: neque munerum reſpectu: neque ullius alterius rei gratiâ. V. nullius applauſum in judicando captaturum, aut quæſiturum. VI. nulla nec à partibus coram ſe litigantibus vel agentibus, nec ab aliis eorum nomine accepturum munera, vel dona, vel præmia, vel commoda, neque per ſe, neque per interpoſitam perſonam accipi paſſurum, in ſuam utilitatem, quavis ratione & viâ, aut ſpecie, aut colore, ſive prætextu. VII. Nullum ſe conſilium daturum ulli parti, nullamque admonitionem ei facturum. VIII. Arcana, conſultationes ve in judicio habitas, nunquam ſe revelaturum, vel partibus, vel aliis, nec ante, nec poſt ſententiam. IX. Cauſæ expeditionem, deciſionem & ſententiam, ſe non protelaturum ſive protracturum dolo malo & in ullius hominis fraudem. X. & ult. In ſummâ, facturum ſe quicquid bonum & probum judicem facere convenit. Quæ omnes clauſulæ jurisjurandi non magis ex Jure civili, quàm ex ipsâ naturali æquitate ſunt hauſtæ, atque depromtæ. Hæc de iureiurando iudicis, in quo de pleriſque officii ſui partibus admonetur.

Sedi

Sed quia hic locus de officio judicis valdè est illustris, operæ precium videtur, in eo etiam paulò diutiùs immorari, & plura accumulare præcepta generalia. Nam ad specialia, † id est, quæ judicem monent quomodo se gerere debeat in hac vel illa parte litis, sub hoc capite non descendemus, commodiore loco *infr. sub aliis capitibus* ea tractaturi. Neque repetam hic illa præcepta, quæ continentur in *can. judicantem. cap. 30. qua. 5.* quem textum supra adduxi & contuli cum *l. 9. C. de iudic.* Alia † potiùs videamus. Præclarè † igitur inprimis S. Ambrosius *serm. 20. super Psalm. 119.* *Bonus judex*, inquit, *nihil ex arbitrio suo facit, & domesticæ proposito voluntatis: sed juxta leges ac jura pronunciat: statutis quoque juris obtemperat: non indulget propriæ voluntati: nihil paratum & meditatum domo defert: sed sicut audit, ita judicat:* & sicut *se habet negotii natura, decernit; obsequitur legibus.* Et mox ibidem: *qui judicat, non voluntati suæ obtemperare debet, sed tenere quod legum est.* Qui præclarus locus citatur in *can. 4. judicet ille c. 3. q. 7.* eumque sæpissimè in suis consiliis inculcat optimus Vir & JC. Præstantiss. Mart. Uranius qui ante 100. annos Tubingæ floruit, amicitiis præstantissimorum etiam Italorum: ut *consil. 18. num. 8. & 3 seq. lib. 1. & cons. 504. nu. 2. lib. 2 & cons. matrim. 45. num 2. tom. 3.* ut plura loca nunc omittam. Sic Augustinus: *Non de legibus, sed secundum leges judicandum est, posteaquam latæ sunt:* & præclarè scripsit *lib. de verâ religione. c. 31.* & refertur *in c. 3. dist. 4.* Quæ omnia pulchrè faciunt, ad *Auth jubemus. C. de indic.* Porrò † notandum est judici, quod ipsius ad officium spectet lites minuere. *l. 21. quidam. ff. de rebus cred.* Habet enim hoc officium commune cum prætore, de quo illa lex loquitur. Et † ad nihil aliud intendere debet, quàm ut partes litigantes ad concordiam reducat. *l. 1. §. inde quæritur. ff. de nov. op. nunc* Nec pati debet, ut ad rixam & arma veniant, quos potest ipse compescere & coërcere, ut alibi dicit Juris consultus. Non tamen potest cogere partes ad transigendum vel paciscendum. *l. 7. ex stipulatione. C. de sent. & interlocut.* quod etiam Mynsingerus *in suis responsis* inculcat. Præterea † provident debet judex, ne frustrà vexentur partes laboribus & expensis, neve lites fiant immortales. *c finem litibus. extr. de dolo & contumacia.* Item, † cavere debet omnibus modis, ne judicium coram se agitatum fiat elusorium. *cap. dilecti, & ibi Panorm. aliique Dd. extr. de Iudic. c. 1. & ibi Panorm. aliq. extr. de libell. oblat.* Cujus ratio est, quia interest Reip. ne partes frustrà vexentur laboribus & expensis: ut Dd. *dicto loco* rectè hanc rationem reddunt, & probat etiam Uranius, *cons. 17. tom. 1. & cons. 13. de iniuriis tom. 3.* Sed addenda est & altera ratio, quia evilesceret auctoritas judicis, & rerum judicatarum, si pateretur judex elusoria fieri, quæ coram se, vel à se acta sunt: quod pernicioſum est Reipublicæ. Debet † etiam omnibus in rebus judex esse circumspectus & discretus. *Canon. in cap. 1. extr. de dilat.* Quò pertinet, quod scribit Hadrianus I. I. I. ad Frider. I. *In cunctis causis & tempora rebus Adspiciat, quæ vera cupit decernere judex:* ut est apud Güntherum *lib. 7. Ligurini vers. 136. & seq.* Item, † judex non aliter judicare debet, quàm legibus proditum est; nec parére rescriptis aut pragmaticis formis in medio litis emissis: nec debet clementior esse lege: nam, ut ait Symmach. *in epist. corruptæ videntur esse sententiæ, si sint legibus mitiores.* Quò pertinet, quod scribit

idem

idem Symmach. *lib. 10. ep. 43. Iudex, & inferior magistratus quilibet venerari potiùs, quàm interpretari debet divina oracula*, id est, Imp. Constitutiones & Rescripta. Videatur quoque idem Symmachus *ep. 40. eodem lib. 10.* & *Nov. 82.* & ibi Cujac. *in*

134 *fine.* Præterea † huc pertinet nobilissima illa disputatio, sive potiùs vexatissima quæstio: An judex debeat secundum acta & probata judicare, an verò secundum conscientiam? De qua videantur isti auctores: Joh. Oldendorpius *in libell. de Iure & equit. tit. 13.* Joh. Corrasius *lib. 4. misc. c. 20.* Fr. Hotomannus *illustr. q. 27* Jul. Clarus *in § fin. q. 66. num. 2.* Vasquius *illustr. controv. 14.* Jac. Omphalius *lib. 6. de usurp. Legum c. 14* Joh. Rivius *lib. 2. de conscient. p. 35.* & Mart. Uranius *t. 3. cons. p. 81* & Treutlerus noster *Disp. de Iudic. b. 4. in f.* & Paul. Castrensis *cons. 296. vol. 2* ubi allegat consilium Dd. Bononiensium datum cuidam potestati (id est, Præsidi) Bononiensi, qui deberet absolvere Titium, quem stans ad fenestram viderat occidere Seium, cùm tamen Titius ille coram eo, tanquam coram judice non confiteretur, neque per testes legitimè convinceretur de cæde perpetratâ. Elegans quoque refertur dictum Baldi *in l. 2. C. de sent. ex periculo recit.* Judicem duos sales habere oportere; unum sapientiæ (sive scientiæ) alterum bonæ conscientiæ. Quod eius apophtegma etiam Omphalius refert *d. c. 14. num. 9.*

135 Præterea † judex debet judicare, ut quidam vulgò dicunt, secundum communem opinionem: adeò, ut hoc non faciens litem suam faciat, quod vocant, *teneri in syndicatu*: à quo dicunt excusari iudicem, etiamsi communis illa opinio non esset vera: quia communis error excusat: ut latè probat Mart. Uranius *cons. 20. num. 7 & seq. tom. 1.* allegans quoque Jac. de Buttrio, *in l. 1. C. qui prosit. iurid.* & Ang. Aretinum *in Inst. ad t. quib. mod. ius patr. pot. solv.* Videatur idem Uranius *t. 3. cons. matr. 38.* Videatur & Paris de Puteo *in tr. syndicat.* Item volumen communium opinionum collectum à Joh. Fichardo *in pr.* Sed in contrariâ sententiâ, quod non semper adhærendum sit communi opinioni in judicando plerique recentiorum sunt in primis Zasius, Duarenus, Hotomannus, Cujacius, Giphanius, aliique, qui textus legum longè præferunt communibus, quas vocant, opinionibus, quæ sæpè ex diametro textibus adversantur. Unde apparet, magna hîc cautione opus esse judici: qui rectè quidem faciet, si communem sequatur opinionem: verùm eatenus dum illa neque legibus, neque rationi rectæ repu-

136 gnet. Præterea † judex non debet officium suum impertiri, nisi rogatus. *l. 4. & ibi Accurs. § hoc autem judic. ff. de damn. infect.* & Bart. *in l. admonendi. ff. de iure-jur.* Non etiam debet ex officio ad privatum commodum partis id non petentis inducere testes & probationes *l. un. C. ut quæ des. advoc. & ibi notatur à Dd.* Adhęc

137 † judex inter loquendo cavere debet, ne motum animi sui, & quid sentiat pandat in ferendâ sententiâ: ut latè probat Uranius *ad cap. significaverunt. nu. 6. Extr.*

138 *de testib.* Cavendum † quoque est judici, ne ad multitudinem testium respiciat, sed ad eos, quibus potius veritatis luxad sistit: ut est textus aureis literis scribendus *in l. 21. ob carmen. ff. de testibus, & in cap. in nostrâ. & cap. praterea. Extr.*

139 *eod. t.* Præterea † judex non potest simul esse testis: sed alius judex, alius testis, alius examinator, & alius examinatus. *can. 1. q. 4. & cap. forus. Ext. de V. S.* Panorm. *in c. cum dilecti. Extr. de elect.* Non debet, inquam, in contentiosa jurisdictione

duplici-

puplici officio quis fungi. Uranius *ad cap. dilecto. num. 2. Extr. de teſt.* Unde fit ut neque ſimul advocatus, ſeu cauſidicus in eâdem causâ quis eſſe poſſit, in qua judex datus eſt *l. 6. quisquis. in pr. C. de poſtul. & l. ult. C. de Aſſeſſ.* Adhæc † judex 140
operam dare debet, ne judicium claudicet; néve acceptionem habeat perſonarum: ſed magnum judicet ut parvum. *cap. novit. Extr. de iudic. & cap. in iudiciis. d. R. I. in 6.* Non † debet quoq; judex pati aliquem coram ſe litigare calumniã- 141
di animo, quod nec lex patitur. *Auth. iniſto ſacramento. C. de iurei. propter cal. dando*, de quo infra *proprio capite.* Non † debet etiam judex ipſe facere à quo alios 142
prohibere debet. Quo pertinet illud Ovidii:

Sic agitur cenſura, & ſic exempla parantur,
Cum iudex, alios quod monet, ipſe facit.

c. un. de natis ex lib. vent. & l. altius. ff. ſi ſerv. vindic. l. pen. ff. de vi privat. Ratio eſt, quia abſurdum foret inde naſci occaſionem injuriarum, unde jura naſcuntur. *l. meminerint C. unde vi.* Tandem, † ut modum aliquem præceptorum de of- 143
ficio judicis teneamus, ultimum hoc ſit, quod quidem animo judicis quàm maximè infixum cupimus, non eſſe præcipitandas ſententias, ſed maturè deliberandum, ac diu, quod ſemel eſt ſtatuendum, quodque eſt irrevocabile: quod niſi fiat, *ad pœnitendum properat, citò qui iudicat*, ut vetus habet ſententia. Hanc ad rem præclara multa legi poſſunt ex utroque jure collecta, & ex Dd. accumulata apud Uranium *conſ. 54. num. 3. & ſeqq. tom. 2. Tempore indigemus, ut aliquid maturius agamus, ne præcipitemus conſilia, & opera noſtra, & eorum ordinem corrumpamus*, ut ait pulcerrimus *c. ponderet. diſt. 50.* Unde non rectè faciunt, quibus veſperi mittitur proceſſus, & poſtero die ſtatim ferunt ſententias. Ultima † hujus 144
cap. quæſtio ſit, debeatne judex ſecundum leges ſcriptas, an verò ſecundum id, quod ſibi juſtum & æquum videtur judicare? De qua videatur pulcerrimè diſſerens Phil. Melanchthon *in decl. vol. 1.* ubi concludit, ſecundum leges ſcriptas potiùs judicandum eſſe. Pro qua ſententia ſtat etiam Ariſtoteles 1. *Rhet.* ubi ait: *Quantum omninò fieri poteſt legibus comprehendi debere. hoc enim utilius multò eſſe quàm iudici multa permittere: quia qui legem præficit, is rectam rationem præficit negotiis: qui verò hominem, is ſæpè belluam propter affectus & animi perturbationes, quibus transverſus agitur.*

CAP. VII.

De Relationibus Judicum aliquando permiſſis, tandem verò prohibitis.

Maximè *ad Novell. 125. & Authent. novo Jure. C. de relat. nec non de referendariis.*

SUMMARIA.

1 *Ratio connexionis.*
2 *Quid ſit Relatio ſive conſultatio?*
3 *Quando fiat Relatio?*
4 *Quomodo differat ab Appellatione?*
5 *Exempla huiusmodi Relationum.*
6 *Relationes per Nov. 125. ſublata, & cur?*
7 *De Referendariis.*

1 OFficii † Judicis, de quo *in postremo membro cap. precedentis* dixi partem quandam constituunt etiam Relationes Judicum: de quibus seorsim sub hoc capite pauca attingere operæ precium est, quòd variis in locis juris nostri earum fiat mentio: & totus tit. de his extat *lib. 7. C. de relat.* In jure canonico conjunguntur relationes cum appellationibus in
2 eundem titulum *lib. 2. decret.* Relatio † autem alio nomine dicitur consultatio: estq; scriptum judicis ad Principem, quo judex ambigens quid sibi pronunciandum sit in causâ, in quâ partes coram se litigantes concluserunt, & ulterioribus allegationibus renunciârunt; & refert ad Principem de re, de quâ apud se actum fuit: missâ simul plenâ & integrâ opinione suâ, sive quid sibi pronunciandum videatur: exemplo relationis & opinionis edito partibus, ut liceat ipsis suas adjungere preces refutatorias, si fortè imperfecta ipsis, aut falsa
3 videatur relatio vel opinio. Fit † autem relatio à judice non solùm antequam ferat sententiam, sed etiam post sententiam à se iam dictam; si interposita quidem sit, nec tamen recepta appellatio. Hinc † facilè apparet, quomodo differat Relatio ab Appellatione, licet cum ea conjungatur, ut dixi *in tit. Decretal. de Appellat.* Nam tametsi relatio in eo conveniat cum Appellatione, quod utroque modo res à minore judicio ad maius, vel ad cognitionem principis transferatur: tamen quasdam habent inter se differentias. Ut 1. relatio potest fieri tàm post sententiam, quàm ante; licet sæpius præcedat sententiam: Appellatio verò tantùm fit post sententiam. 2. Relatio fit à judice ad principem: sed appellatio interponitur apud judicem à parte, contra quam pronunciatum est. 3. Ad relationem rescribit Princeps: ad appellationem consultat. Videatur &
5 Cujacius *in Parat. C. d. t. de relat.* Exempla † huiusmodi relationum extant etiam apud Symmachum *in Epist. lib. 10. ad Impp. Theodos. & Valentin.* Quid, quòd etiam Justinianus ipse præcepit judicibus eiusmodi relationes in *l. 2. §. 21. hoc autem. C. de vet. Jure enucl.* sive, *in constitutione, de confirmatione Digestorum: si quid ambiguum fuerit visum*, inquit, *hoc ad Imperiale culmen per iudices referatur, & ex auctoritate Augustâ manifestetur: cui soli concessum est leges & condere, & interpretari.* Sic de causâ per judicem referendâ ad majorem potestatem meminit quoque Constantinus Magnus *in l. 9. Indices. C. de Iudic.* Sic utroque antiquior Ulpianus *in l. 11. verùm §. 2. ex facto quæsitum ff. de minor. Arrius Severus*, inquit, *quia dubitabat, ad Imp. Severum retulit, ad quam consultationem successor eius Ventidio Quieto rescripsit, &c.* Quibus confirmat, quod paulò antè dicebam, relationes & consultationes pro iisdem sumi: atque has leges à me observatas velim addi ad eas, quas Cujacius *in parat.* allegat. Fit etiam relationum crebra mentio *in Nov. nostris*: ut inprimis *Nov. 82. Nov. 113. Nov. 115. c. 1 & Nov. 125.* ut taceam, quod multis Novellis relationes judicũ dederint causam & occasionem ut promulgarentur: cuius rei exempla non pauca & illustria superiùs habuimus, *partibus*
6 *præced.* Etsi † autem hoc referendi institutum aliquamdiu valdè utile visum est Reipublicæ: tamen eò tandem ventum est, ut planè tollerentur ac prohiberentur Relationes *Nov. 125.* qua jubentur judices ipsimet perfectè causam examinare, & quod eis justum legitimumque videtur, (intellige secundùm leges & jurium

Digitized by Google

& jurium præſcripta) decernere, ac vel exequi ſententiam, ſi partes ei acquieverint (vetus Interpres ſatis obſcurè vertit, *ſiquidem partes ceſſaverint in iis, quæ decreta ſunt.*) executioni eam tradere, vel admittere appellationem, ſi quam interpoſuerint Rationem abrogatarum relationum *ex eadem Nov. in præf.* ſatis intelligimus hanc fuiſſe: quia ex relationibus judicum ad Principem nimiæ dilationes & remoræ negotiis afferebantur, ſive lites nimiùm protrahebantur: Nam cauſæ aliud rurſus principium examinationis accipiebant, ut loquitur Imp quod facilè cuivis eſt intellectu, quanto cum diſpendio litigantium fuerit conjunctum. Quare compendioſius viſum eſt Imp. amputare relationum facultatem, ipſoſque iudices pro ſuo captu iudicare iubere, ſalvo parti gravatæ appellationis beneficio. Videatur hac de re & *Auth. novo iure*, & ibi Dd. Bartol. Joh. Fab. *& alii.* C. *de relat.* De eo tamen non immeritò dubitari poteſt, an illas. quoque ſpecies relationum de ambiguitatibus, quę ſæpè ex legibus naſcuntur, & quarum interpretationem Imp. ſibi ſoli reſervat *in d. l.* 2. §. 21. C. *de vet. Iur. enucl.* ut etiam *in l. ult.* C. *de LL* planè voluerit ſublatas per eandem *Nov.* 125.

Dixi *de Relationibus iudicum*: quarum ipſa vicinitas admonet nos, ut etiam
† *de Referendariis* videamus. Nam & relationes iudicum, & Referendarii, à re- 7
ferendo nomen acceperunt. De his agitur *Nov.* 6. 10. 113. *&* 124 *in fin.* Sunt autem Referendarii, ſive pleniùs, Referendarii ſacri Palatii, qui referunt, ſive recitant principi deſideria ſupplicum, & mandata principis, ſive ſacras juſſiones inſinuant judicibus. Cujacius *ad Nov.* 10. ubi etiam præter *l.* 2. C. *de off. eius qui vicem alicuius obtinet, lib.* 1, *t.* 50. laudat etiam *Procopium lib.* 2. *de bell. Perſic.* Galli referendarios appellant *Magiſtros libellorum ſupplicum*: quod officium Wilh. Budæus, Vir Doctiſs. apud Franciſcum I. Galliarum regem obtinuit. Erant autem Conſtantinopoli ſpecies una referendariorum illi, qui tantùm ad negotia maioris Eccleſiæ (Sanctæ ſophiæ) principi referenda deſtinati erant. Sed cùm Referendariorum multitudo nimiùm creviſſet, Imp. eos ad veterem numerum revocavit *d. Nov.* 10. Sicut aliàs etiam clericorum nimiam multitudinem reſtrinxit *Nov* 3. Porrò cùm Juſtinus & Juſtinianus, qui duo aliquandiu collegæ fuerunt in imperio, anteà caviſſent ſuâ quâdam conſtitutione, quæ relata fuit ſub *tit. C. de mand princ* hodiè verò, ſicut aliæ quoque multæ leges Græcæ, deſideratur, ut docet Cujacius *lib.* 12. *obſerv. c.* 31. cum, inquam, anteà caviſſent, ut Referendarii juſſiones principis, ſive illæ ſcriptæ eſſent, ſive non ſcriptæ, omninò inſinuarent judicibus: nec judici ſoli crederetur, aſſcribenti fortè ſuis ſententiis admonitoriis, ſe juſſione principis non ſcriptâ jubere aliquem exhiberi vel duci; Imp. noſter per *d. Nov* 124. *cap.* 3. *ſive ult.* confirmat eam partem conſtitutionis. Dixi *eam partem*: Quia & alia plura capita ibidem judicibus præſcripta fuerunt, ut docet Cujacius *ad Nov* 60. quæ Nov. nobis conſervavit ſententiam ac ſummam eius conſtitutionis. Addit deinde & declarationem eiusdem conſtitutionis anterioris, quam Julianus quoque teſtatur poſitam fuiſſe *lib.* 1. *Cod.* Declaratio hæc eſt, quòd Referendariis tantùm ſit jus & facultas referendi deſideria ſupplicum ad principem & ſacras juſſiones, ſeu mandata Principum inſinuandi judicibus: His, inquam, duabus partibus officii ſui ut contenti ſint &

fungantur: non autem possint immiscere se causis, vel prehendendo litigatores, vel exigendo satisdationem, vel adigendo eos ad aliquam pactionem, vel transactionem. Credibile est autem referendarios solitos antea abuti sua potestate, & limites officii sui excedere: quæ res, seu πλυπραγμοσύνη occasionem postea dedit constitutioni illi prohibitoriæ. Pertinent hæc ad illustrandam *l. culpa est 36. ff. de R. I.* & ad *l. 23. consulta Divalia. C de testa.* & *l. 41. Repetita. C. de Ep. & Cler.* & *cap. non est sine culpa. de R. I in 6.* Et tantùm de Referendariis: quod officium etiam hodiè in Aulâ Imperiali receptum esse, notissimum est. (ita And. Gailius fuit referendarius Imp & Dn. Giphanius.)

CAP. VIII.

De Assessoribus, & de Advocatis.

Ad Novell. 60. part. 2. & Novell. 17. cap. 13.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Quid de Assessoribus in Novellis constituerit Iustinianus*
3 *Plura de Assessoribus, remissivè.*
4 *Advocatorum variæ appellationes.*
Summa eorum quæ de Advocatis in Novellis habentur.
6 *Redemptores litium odiosi.*
7 *Cur advocati nominari soleant* TOGATI.
8 SCHOLASTICI *nomen à quo inventum, & quam variè usurpetur.*
9 *Iurisperiti scholastici forensibus præferuntur.*
10 *Advocati quare Scholastici fuerint nuncupati.*

1 INter † Personas judicio adminiculantes, seu accessorias supra *cap. 4.* retulimus & Assessores, & Advocatos: quorum illi judicibus operam dant; consilia suggerendo, & jus declarando, vel suppeditando: hi verò litigantibus subserviunt; quorum laborantium spem, vitam, & posteros defendunt, causarum ambigua fata dirimentes: suæque defensionis viribus sæpè in publicis & privatis, lapsa erigunt, fatigata reparant, nec minùs provident humano generi, quàm milites armati, qui præliis atque vulneribus patriam parentesque salvant, gladiis, clypeis, & thoracibus nixi: ut pulcerrimus est textus *in l. 14. advocati. C. de advoc. diversi. iudic.* De his ergo utrisque breviter nunc cognoscendum est.

2 Et † de Assessoribus quidem, qui interdum etiam *consessores*, & Græcis πάρεδροι dicuntur, hoc summatim præcipit Imp. *Nov. 60. parte 2.* eos non habere plenam facultatem audiendi causas sine ipsis magistratibus, vel judicibus à principe delegatis sed & litem contestandam esse coram magistratu urbano: & ultimam seu novissimam cognitionem esse peragendam coram eodem: & sententiam definitivam ab eodem proferendam: & denique appellationem, si qua interposita fuerit, recipiendam: judicem ipsum, sive à principe fuerit delegatus, sive magistratus provincialis, debere causam universam ex integro audire & cognoscere per se, non per assessores: adeoq; ne libellis quidem per hos subscribere. Videatur & Cujacius *ad d. Nov. 60.* ubi laudat Julianum, qui eleganter

ganter dixerit, ultimam cognitionem, quando litigatores finem imposuerunt allegationibus & probationibus: hoc est, ut vulgò loquimur, quando in causâ concluserunt, renunciantes ulterioribus allegatis & probatis. Plura † de 3
Assessoribus, eorumque officio hìc afferre poteram, sed cum in Novellis nihil ferè præterea de his comprehensum sit, sufficiat in præsentia Auditorium remisisse ad alios, inprimis ad ordinationem Cameræ Imperialis, *part. 1.* eiusque commentatores, & ad Donellum *lib. 28. comm. c. 2.* & Cujacium *in parat. C. ad tit. de adv. div. iud.* qui tit. malè vulgò distrahitur in duos, cum unus esse, & leges cohærere debeant: ut docet etiam Giphanius *in œconom. iuris.*

Sequitur † de Advocatis: quorum varia sunt nomina. Dicuntur enim et- 4
iam *causidici*, non solum in jure nostro, sed etiam apud historicos, & alios autores: unde ipsorum officium *causidicina* apud Amm Marcellinum, & alios. Dicuntur & *patroni causarum*, & *togati*, & *scholastici*, & à Græcis συνήγοροι. De his videatur *tit. C. de advoc. div. iudic.* In † Novellis pauca de illis continentur, 5
quare cætera aliunde peti debent, & videri potest Donellus *d. lib. 28. cap. 3.* & P. Gregorius *in syntagm. iuris univ. lib 48.* Quæ in Novellis sunt, hac ferè unicâ & brevi lege includi possunt: *patrocinia iusta sunto.* Quæ lex debet evolvi ex *Nov. 17. c. 13.* ubi Imp. πρόσκοιαν vocat. Jubet autem, ut patrocinia iniusta omnibus modis corrigat præses neque finat, ut alius aliorum vitas in se suscipiat, id est, ut fiant redemtiones litium: né ve quisquam sibi arroget prædia nullatenus ad se pertinentia, né ve in aliorum læsionem promittat quis patrocinium: né ve ad defraudandum fiscum vires suas obiicere vel obtendere ausit. Redemptores
† litium (qui Græcis eleganti vocabulo dicuntur ἐγγυόλαβοι, unde elegans ver 6
bum est apud Imp. *in a. Nov. 17.* ἐνεγγυολαβεῖν) alibi quoque in jure nostro coërcentur passim, sive procuratores illi sint, sive advocati: ut videre licet *in l. 15. item. C. de procur. l. 1. §. 12. sicut cautum. ff. de extraord. cognit. l. 7. ff. mand. l. 20. C. eod. tit. l. 53. sumtus & ibi Doctores, Bart. Fulgos. & alii. ff. de pact. l. un. C. de his, qui potentior. nom. &c.* ubi aiunt Impp. Arcadius & Honorius; eos, veluti famæ suæ prodigos, & calumniarum redemptores, notari oportere, qui se sponte alienis litibus inseri patiuntur, cum nec possessio, nec proprietas ipsis competat.

Dixi, † Advocatos inter alia etiam nomine *togatorum* designari, ut sæpissi 7
mè *sub tit. C. de Advoc.* & alibi; nimirum à togâ, quâ induti causas orabant, & aliàs etiam incedebant: qua hodiè quoque utuntur Galli & Itali, & quibusdam in locis Germani. Hinc toga etiam ipsum officium seu dignitatem advocationis denotat *in l. 7. C. de advocat.* & alibi. Sed hoc de togatis paulò est notius, quàm quod dicebam de *Scholasticis* in hac quidem significatione. Itaq. de vocabulo nonnihil addendum est. Scholastici † nomen, quod primus inve- 8
nit Theophrastus, eo usus *in Epist. ad condiscipulam suam Vaniam*; ut observavit absolutissimæ eruditionis vir Isaac. Casaubonus *in Notis suis ad Capitolinum, in histor. Augustâ.* Apud auctores bonos variè usurpatur, & sex ferè distincta eius significata observare licet. Nam primitùs & propriè significat eos, qui adhuc in scholâ sunt. 2. omnes, qui in literis vivunt, quamvis extra scholas, hoc nomen usurpant: quas duas notiones observavit S. Augustinus *in dial.* Et pri-

ma harum utitur etiam Plinius *in Ep. lib. 2.* cùm Suetonium & Isæum oratorem, vocat Scholasticos; quòd in pulvere literario vitam agerent, nec ad forum accederent, nec ullam ambirent dignitatem. 3. significat hominem elegantem, & opponitur barbaro & inculto: quomodo Alexander Aurelius *in Ep. ad matrem Mammeam, apud Iulium Capitolin. in vitâ Maximini Iunioris*, scribens utitur: *timeo*, inquit, *ne soror mea Græcis munditiis erudita barbarum socerum ferre non possit: quamvis ipse adolescens, & pulcher & scholasticus ad Græcas munditias eruditus esse videatur.* Sic Sarapion vir sanctus ob elegantiam ingenii, cognomen scholastici meruit, ut est apud S Hieronymum *in Catalogo illustrium scriptorum*. 4. scholastici vocabulum sæpiùs ad laudem doctrinæ & eloquentiæ pertinet: ut apud Julian. Imp. *in Ep. ad Maximum Philosophum*. Sic Salvianus *in proœm. gravissimorum librorum de gubernatione Dei*; cùm ostenderet quantum sit discrimen inter scriptores profanos, sive externos, & sacros; inter cætera sic scribit: *omnes in scriptis suis causas tantùm egerunt suas; & propriis magis laudibus, quam aliorum utilitatibus consulentes, nõid facere annisi sunt, ut salubres ac salutiferi, sed ut scholastici ac diserti haberentur* Sic Sulpitius Severus,, scriptor gravitatis & elegantiæ sallustianæ, *dial. 1. cæterùm* inquit, *cùm sis scholasticus, hoc ipsum quasi scholasticus artificiosè facis, ut excuses imperitiam, qui ex superas eloquentiâ.* 5. Habet quoque scholastici appellatio significationem contemtus, præsertim apud vulgus, quod hominem imperitum & ineptulum vocare solet *scholasticum & hominem de scholâ*: quomodo apud Arrianum *lib. 1. Dissertat.* Epictetus ait: *scholasticum esse animal, quod ab omnibus derideatur.* Quod quidem pervetus esse, appareat ex Varrone: apud quem ista leguntur: *Scholasticorum natio madens pingui, &c.* Sic & apud Apuleium *lib. 2. metamorph. 6.* Scholasticus dicitur Advocatus, (quod est hujus loci propium) ut *in d. Nov. 80. in Epit. Iul. in l. 2. C. de lucris Advoc. lib. 12. tit. antepen. item in C. Th.* Atque ita usus est etiam S. Augustinus cùm præclarè scripsit: *debere nos formulam precandi à cœlesti illo jurisperito Christo discere: quemadmodum qui habent causam, & volunt supplicare Imperatori, quærunt aliquẽ scholasticum jurisperitum, à quo sibi preces componant: ut ne fortè, si aliter petierint, quàm oportet, non solum non impetrent, quod petunt, sed & pœnam pro beneficio consequantur.* Quo in loco posset fortasse quis prima fronte suspicari, scholastico jurisperito opponendum esse forensem: cui quidem oppositioni etiam favere videretur Plinius qui *lib. 2. ep. 3.* scholasticum opponit illis, qui in foro, verisque
9 litibus teruntur. Priore † hominum genere, ait, nihil esse aut simplicius, aut sincerius, aut melius: posteriores, quamvis nolentes multum malitiæ addiscere. Quomodo apud Symmachum quoque *lib. 5. Ep. 52.* dicitur, procurator *multis futelis foro cognitus*: quem Græci elegantèr vocant ψαθύριον, & διαβρόχον. Sed verius est scholasticum Augustino significare Avocatum seu patronum causarum: ut *d. l. 2. C. de lucr. advoc.* & alibi. Sic Agathias historicus & Poëta excellens (cuius extant libri quatuor historiarũ de Justiniano, cujus coætaneus fuit, & Epigrammata quoque non pauca in Anthologia inserta) hanc ipsam ob causam scholastici cognomentum adeptus est, quòd causarum patrocinia suscipere soleret. Ipsemet quoque hoc suum vitæ genus *init. lib. 3.* pro excusatione affert,

affert, si cui non satis eleganter, neque eruditè scribere videatur: se enim à mane ad vesperam forensibus negotiis distineri, sine quibus algendum atque esuriendum sibi foret. Non posse itaque aut veterum libris evolvendis, quantum par erat temporis, impendere, aut historiam pro dignitate scribere. De causâ † porrò si quis quærat, cur Advocati dicerentur scholastici: putavi aliquando sic appellatos, quod certæ essent Advocatorum scholæ, certæ matriculæ, certi numeri, in quos referri ac recipi oportebat, qui in foro causas agere vellent: sicut hodiè etiam in benè constitutis judiciis certæ sunt eorundem matriculæ, certi numeri. Neque enim reip. expedit, hoc dignitatis plenissimum officium, temerè & passim quibusvis permitti. Hinc etiam *Advocati numerarii* dicti sunt, quibus oppositi *supernumerarii*. Sed verius nunc videtur, inde sic appellatos fuisse; quòd priùs solerent in scholis, fictis litibus & declamationibus, quas *meletas* & *Meditationes* vocabant, sese exercere, atque ad lucem fori in illâ umbrâ ingenium, vocem, & latera præparare. Quò refero etiam hunc Lactantii locum *init. d. vin. instit. Multum tamen nobis exercitatio illa fictarum litium contulit, ut nunc majori copiâ & facultate dicendi causam veritatis peroremus.* Extant huius generis fictarum causarum declamationes, Quintiliani, Senecæ, & Græcorum quorundam ab Henrico Stephano editæ. Valdè quoque huc facit locus *ex dialogo de oratoribus, qui vulgò asscribitur Tacito: ab aliis autem Quintiliano asseritur: Quotus enim quisque scholasticorum non hac suâ persuasione fruitur, ut se ante Ciceronem numeret, sed planè post Gabinianum?* Et postea: *At nunc adolescentuli nostri deducuntur in scenas scholasticorum, qui Rhetores vocantur: quos paulò ante Ciceronis tempora extitisse, nec placuisse majoribus nostris, ex eo manifestum est, quòd M. Crasso, & Domitio censoribus claudere ludum impudentiæ iussi sunt: sed ut dicere, instituebam, deducimur in scholas; quibus non facilè dixerim, utrumne locus ipse, an condiscipuli, an genus studiorum plus mali ingeniis studiosorum afferant, &c.* Cum quibus conferri velim à studiosis Eloquentiæ *initium Satyrici Petronii Arbitri.* Sic Rhetores & Scholastici pro iisdem habentur etiam *in fin. eiusdem dialogi de Oratoribus*; vel potiùs *de causis corruptæ eloquentiæ*: hoc enim titulo liber ille ab ipso auctore inscriptus fuisse videtur; ut apparet ex *proœmio lib. 6. & extremo lib. 8. Instit. orator.*

Sed ab hac digressione, ut spero, non inutili, de Advocatis & Scholasticis, redeamus propiùs ad Novellas nostras. Conferantur autem cum his nostris observationibus, quæ sunt apud Cujacium *in expos. Novell. 80.* & apud Casaubonum *in notis ad hist. Augustæ scriptores. p. 416.*

CAP.

CAP. IX.

De Actore, & de Procuratoribus:

Ad Novell. 112. c. ult. & Authent. quisemel C. quomodo & quando judex: item ad Novell. 71. & Authent. hocjusstabit. C. de procurator.

SUMMARIA.

1 *Agere vel accusare invitum nemo cogitur.*
2 *Declaratio seu limitatio d regula: ex Nov. 112. cap 3.*
3 *Differentia inter Citationem per vocem praconis, & citationem per edictum.*
4 *De aliis quibusdam quorum in Nov. 112. fit mentio; καὶ ἀνοδιωξίν.*
5 *De procuratoribus plaraque, remissivè.*
6 *De Novell. 71. & Authent. Hocius stabit. C. de procurat.*
7 *Per procuratorem cuivis litigare permissum.*
8 *Injuriarum actio criminalis per procuratorem agitari regulariter non potest: ut nec alia criminales actiones.*
9 *Qua persona etiam in civili causâ tantùm per procuratorem litigare possint. & qua eius iuris ratio.*
10 *Judicis est sedere: litigantium verò, & procuratorum stare.*
11 *Cur Spectabilibus & Clarissimis etiam sine procuratore litigare liceat. & num. seq.*
12 *Sapè etiam boni & excellentes viri pauperes sunt: & cur.*
13 *Potestate non abutendum: gravissima admonitio Nov. 69. in procm.*
14 *An Illustribus, si pauperes sint, sine procuratore litigare liceat?*
15 *Dignitatum veterum differentia hodiè non obtinent.*
16 *Hodi. omnibus ferè in judiciis per procuratores litigandum: & quare.*
17 *Pauperibus litigatoribus quomodo consulatur hodiè.*
18 *Quis pauper sit dicendus.*
19 *Advocatus sibi esse nemo prohibetur.*
20 *Criminalibus in causis etiam hodiè per procuratores litigari non potest.*
21 *De procuratoribus plura, remissivè.*

DIcemus sub hoc capite conjunctim de Actore, & de Procuratoribus: cùm paucade utrisque in Novv. sint constituta; nec tamen præter-
1 eunda.

De † Actore nota est regula juris civilis, *ut nemo agere vel accusare cogatur*: quomodo habet *tit.* Cod Unde Paulus ait *in l. 5. §. ult. ff. de doli mali & met. exc. Actor quidem in suâ potestate habet, quando utatur suo jure: is autem cum*
2 *quo agitur non habet potestatem quando conveniatur.* Ejus † regulæ declaratio, seu limitatio notabilis traditur ab Imp. *in Nov. 112. c. 3.* Ex quâ apparet, quo pacto multi eam in abusum traxerint: suisque cavillationibus effecerint, ut causæ seu lites permanerent infinitæ: cùm tamen non oporteat jus civile calumniari, sed quâ mente quicquam dictum sit attendere: ut præclarè ait Paulus *in l. pen. ff. ad exhib.* Imperator igitur hisce malignitatibus obviâdum censens: (malitiis enim hominum non est indulgendum. *l. 38. in fundo. ff. de rei vind.*) eamque pravitatem extinguere festinans: *dictâ const.* cavit, ut Actor cœptum negotium, vel litem, usque ad finem prosequatur, & exerceat, idque sub pœnâ contumaciæ: De cuius pœnis ibidem latè agitur, & nos infra seperatim *alio capite* explicabimus. Id nisi faciat; tribus edictis propositis, & non tantùm voce præconis citandum esse ait, ut ad judicium veniens intentiones suas vel per se, vel per legitimum

gitimum procuratorem proponat. Id si non faciat, tùm anni spatium ei concedendum esse, intra quod nisi compareat, suamque intentionem prosequatur, ut possit judex absente quoque actore causam legitimè examinare, & sententiâ definitivâ determinare. Quod probè notandum est: quando scilicet in judicio possit procedi μονομερῶς, id est, alterâ tantum parte præsente: cùm regulariter actus judiciales debeant utrâque parte præsente expediri. Sin autem intra annum compareat Actor, qui semel contumax esse cœperat, non priùs admittendum, quàm illam contumaciam purgaverit, refusis Reo omnibus expensis & sumtibus litis. Denique si refusis semel expensis, atque ita interruptâ præscriptione, iterùm velit Actor à judicio resilire: hac pœnâ ipsum afficiendum, ut amittat omnem actionem, quam sibi contra Reum competere existimabat. De quâ pulcerrimâ salubertimâque Imp. nostri constitutione iterùm agendi locus erit, ut dixi, *inf. sub cap. de contumacia.* Pertinet etiam eadem Nov. quodámodo ad locum *de in jus vocatione, seu citatione*: quam discimus hic fieri solitam vel præconiâ voce, vel per edictum: inter † quas duas species quantum intersit, 3
docet Imp. nempe vocem præconis innotescere paucis, iis scilicet duntaxat, qui judicio præsentes adsint: sed edictalem citationem in omnium notitiam pervenire posse; quippe quæ per complures dies publicè affixa relinqui soleat. Hodiè autem quibusnam casibus locum habeat edictalis citatio, *infra alio cap.* dicetur: ubi etiam de edictis tribus, vel uno pro omnibus, quod peremptorium dici solet, agemus.

Attingitur † quoque *in eadem Nov. 112. c. ult.* divisio quædam judicum: 4
quod scilicet alii sint ordinarii; alii per Imperialem jussionem causas examinent, id est, à principe sint delegati. Sed hæc pertinent ad caput superius *de judiciis*, ubi etiam dictum est de illa celebri divisione judicum, in majores & minores: quæ extat *in l. 14. C. de Iudic. & Nov. 82 & Nov. 125. & alibi.* Fit etiam *in eadem Nov. 112.* mentio libelli conventionalis, item precũ Imperatori oblatarum: de quibus item commodiore loco infra: & videatur *tit. C. de prec. Imp. offer.*

Pergamus † ad Procuratores, quorum usus quàm sit utilis ac necessarius, 5
demõstrat Ulpianus *in l. 1. ff. de procur.* Etsi aũt multa dici possent de hoc utilissimo juris articulo: verbi gratia. 1. de personis; primùm quidem, qui dare possint, sive constituere procuratorem, vel non possint: Deinde qui dari procuratores sive constitui possint, vel non. 2. de modo & forma constituendi Procuratoris: ubi videndum de formulâ mandati, seu, ut vulgò vocant, procuratorii, eiusque clausulis. 3. de probatione mandati, & quid ad eâ requiratur. 4. de effectu cõstitutionis, sive dationis, posito partim in officio & potestate procuratoris, itéq; substituendi facultate: partim in actione, qua & dominum sive principalem convenire potest & ab eodem conveniri: quid item in utramque actionem, directam & contrariam mandati veniat; ubi etiam de salario, eiusque exactione. Denique de modis tollendi mandatum, sive quibus modis procurator quis esse desinat: quibus & hoc addi potest caput, diligentissimè expositum à Giphanio nostro, *init. comment. ad tit. ff. de Procur.* quæ sint differentiæ inter Procuratores, aliasque similes personas, quæ pro aliis agunt, ut sunt Advocati, Tuto-

res, Curatores: Tamen cæteris in præsentiâ omissis, quæ aliundè peti debent, & inprimis ex Duareni, Donelli, & Giphanii commentariis, *ad tit. de Procur.* adhibito quoq; Treutlero *in Disp. de Procur.* Hoc loco tantum quæ in Novv. sunt, explicabo.

6 Pertinet † igitur huc *Novell.* 71. ex qua desumta est *Auth. hoc iusiabit. C. de procur.* ubi agitur, qui & in quibus causis possint, vel etiam debeant per procuratores litigare, vel possint per se ipsos. Ut autem hæc res tantò pleniùs intelli-
7 gatur; † sciendum est ante omnia ex jure nostro: posse unumquemque regulariter in causis civilibus vel per se ipsum, vel per procuratorem, prout ei commodius est, litigare. Dixi, *in causis civilibus*: sive illę ex contractibus, sive ex delictis, vel quasi, descendant. Nam & injuriarum quoque per se & per alium agere quis potest, ut puta per procuratorem, tutorem, cæterosque, qui proaliis
8 solent intervenire. *l. 11. non solùm. §. 2. agere. ff. de iniur.* Aliud † est, si criminaliter agatur: sicut potest de omni injuriâ is, qui eam passus est, vel criminaliter agere (scilicet ad pœnam extraordinariam Reo à Judice infligendam, vel fisco applicandam) vel civiliter, (ad pœnam scilicet parti applicandam.) § *in summa. Inst. de Injur. & ibi omnes Dd.* Hîc enim per procuratorẽ regulariter lis agitari nõ potest. Excipiũtur illustres, & superillustres, quib. Imp. hoc privilegiũ indulsit, ut possint criminalẽ actionẽ per procuratorẽ vel suscipere, tanquã Rei, vel movere tanquã Actores. *l. ult. C. de iniur. & d. §. in summa. Inst. eod.* In aliis verò causis criminalib. procurator non admittitur. *l. pen. ff. de publ. jud. l. ult. C. ubi senat. vel*
9 *clariss. l. 1. ff. an per al. caus. appel. reddi poss.* Sed † & in causis civilibus passim omnibus permittitur, ut per se ipsi litigent: sed sunt, quibus tantùm per procuratorem vel inferre iurgium, vel referre liceat. Tales enumerantur sex *in l. 25. quicunque. C de procur.* videlicet 1. præfectus prætorio. 2. præfectus urbi. 3. magister militum. 4. Comes consistorii. 5. Proconsul. 6. Vicarius. Additur etiam sanctio, sive pœna, nempe in Actore quidem vel Reo, qui per se litigare nec procuratorem adhibere volunt, cùm tamen sint ex numero personarum, prohibitarum, amissio seu damnum litis: in judice verò itemque officio eius, qui tales per se absque procuratore litigare patiuntur, pœna est 20. librarum auri. *d. l. 25.* Rationem eius exceptionis, quam *in d. Nov. 71.* Imp. introduxit, brevissimè indicat Cujacius his verbis: *quod honori eorum datur.* Ea ratio sic evolvi debet; quia suprema dignitas illarum personarum evilescceret, & contaminaretur, si eiusmodi personæ, quæ aliàs solent iudiciis præsidere, ipsæmet per se litigantes in judiciis stare cogerentur, perinde ut homines vulgares & inferiorum ordi-
10 num. Judicis † enim est sedere: litigantium verò & Procuratorum, & Advocatorum, seu causidicorum, stare. Atque hæc ratio Plinium quoque movit, ut in suo Tribunatu à causis agendis abstineret: quod deforme arbitraretur; cui loco cedere omnes oporteret, hunc omnibus sedentibus stare: ut ipse de se testatur *lib 1. Epist.* quem locum & Cujacius laudat *ad Nov 71.* & Giphanius *ad d. l. 25. C. de procur.* Tametsi Cicero in suo consulatu non fuerit veritus causas agere; ut notat ibidem Giphanius & constat ex *Ciceronis vitâ*; quam descripsit eleganter Fr. Fabricius. Porrò d. constitutionem Impp. Valentiniani, Theodosij, &

Arcadii

Digitized by Google

Arcadii partim confirmat Justinianus per *Nov.71.* partim etiam restringit: Nam recipit eam tantùm in Illustribus; ut videlicet hiper procuratorem agant causas civiles, nempe præfectus prætorio, præfectus urbi, & Magister militum. Spectabiles † autem & clarissimos, vult agere posse per se, neq; compelli per 11
procuratorem litigare. Ratio, cur talibus permittat per se litigare, ab ipso redditur Imperatore: quia sæpè fit, ut etiam inter clarissimos inscripti, & dignitatibus præditi, tamen minoris substantiæ sint domini, id est, tenuioris fortunæ, & in angustâ re familiari, ut non sufficiant impensis in procuratores faciendis.
Nam † & boni viri aliquando sunt pauperes: sicut nobile exemplum præbet 12
JC Sabinus, quem scribit Pomponius *in l.2.ff.de O.I.* adeò fuisse pauperem, ut à suis auditoribus fuerit sustentandus. Et, ut ait Petronius *in satyrico: nescio quomodo bonæ mentis soror est paupertas.* Cujus rei causas in problematibus suis investigat Aristoteles, & festivè reddit complures: quas alibi versibus exposui. Talibus igitur permisit Imp. ut ad comparcendos sumptus, qui in procuratores faciendi erant, nec ab ipsis fieri possunt. per se ipsos litigare queant, non obstante suâ dignitate: quæ quidem etiam minor est, quàm ut magna eius diminutio ex eo sit metuenda, quòd ipsi stent in judicio, causas proprias agentes. Soli igitur illustres jure novissimo relinquuntur sub antiquâ illâ prohibitione *l. 25. C. de procur.* Sed tamen hoc non immeritò quærat quispiam: quid si illi ipsi illustres quoque paupertate laborent, ut non possint suis expensis procuratorem constituere? Certè ut casus humani sunt varii, & communes, secundum illud vetus Pythagoræ carmen: κοινὰ πάθη πάντων: ὁ βίος τρόχος, ἅπαντος ὅλος. poterunt etiam illustres ex divitibus fieri pauperes. Gravissimè † namque hoc 13
scripsit Imp. ipsâ experientiâ comprobante *in proœmio Nov.69.* accusans eos, *qui solam suam potentiam & fortitudinem in aliorum iniquâ & violentâ oppressione ostentantes omnia se justè machinari opinantur: nec respiciunt ad mille, & decies millena exempla; quia jerò tandem & in personis numerabilibus, ex potentibus videmus potentes procedere, & ex divitibus divites: in omne autem ævum penè ex potentibus processerunt inanes, ex divitibus autem pauperes; dùm patrum iniustitiam soboles est secuta: & non cogitant neq; reputant, quoniam quod ipsi, quasi per se, machinantur, potestatibus utentes, hoc forsitan contra eos ex eis procreantur, agunt, non eâdem potentiâ sequente sobolem, quæ illos sequitur.* Quæ præclara commendatio sacrorum illorũ oraculorum, quæ extant in canticis Hannæ, & Mariæ virginis: *Deposuit potentes de sede:* Item eius, quod ait Sapientia Salominis. *Potentes potenter torquebuntur:* infixa esse debet omnium magistratuum animis, ne concessa sibi potestate ad iniquam aliorum oppressionem abutantur, fiduciâ magistratus injuriosè aliquid facientes: ut cum Ulpiano loquar, *in l.32. nec magistratibus. ff. de iniur.* Sed 14
† cœperam dicere, quid si etiam illustribus dignitatibus præditi ad egestatem perducantur, an tunc per se litigare poterunt? Quod sanè dicendum videtur, nisi eos volumus deserere semetipsos, suumque jus relinquere indefensum: Imp. tamen hunc casum omisit intactum, atque indecisum. Unde dici fortasse posset, casum à lege vel constitutione omissum, pro omisso habendum esse: per jura vulgaria.

15 De moribus noſtris ſi quæratur, breviter ſciendum eſt: 1. Illas † quidem veteres dignitatum differentias, ut alii ſint *Illuſtres* alii *Superilluſtres* alii *Spectabiles*, alii *Clariſſimi*: quas differantias explicant Alciatus & Cujacius, vel obſo-
16 letas, vel mirè commutatas eſſe. 2. Hodiè † non ſolùm in dignitatibus conſtitutos, ſed etiam alios quosvis, cogi ferè in omnibus judiciis litigare per procuratores, quorum certus eſt numerus in matriculam relatus: nec admitti ad litigandum per ſe, quamvis vellent. Quod credo ſic receptum, quia procuratores meliùs norunt ſtylum & ordinem ac formam judicii, cui ſunt jurati, quàm
17 partes ipſæ. Si † quis autem ſit pauper, ut procuratorem ſuis impenſis conſtituere non poſſit, ne is quidem cogitur propterea jus ſuum deſerere, aut indefenſum relinquere. Aliud enim hîc adinventum eſt remedium, nempe ut judex ei, poſteaquàm præſtiterit jusjurandum paupertatis ex officio ei aſſignet procuratorem, qui cauſam ipſius agat gratis: accepturus tamen ſalarium, poſtquàm cliens vel cauſam vicerit, vel ad pinguiorem fortunam pervenerit. Formula talis jurisjurandi habetur apud Mynſingerum *in ordin. Ducalis Iudicii Brunsvvic. t. 21. fol. 15. b.* & in Electoris Palatini Hoffgerichtsordnung. *tit. 15. f. 29.* Tale jusjurandum paupertatis ſcio aliquando etiam à Generoſis Comitibus
18 Imperii præſtitum eſſe in Camerâ Imperiali. Quis † autem ſit pauper dicendus arbitrio judicis relinquendum eſt: ut docet Menochius *de arb jud. quæſt. lib. 2. q. 10. cent 1. caſ. 72.* (vulgò dicitur pauper, qui non habet quinquaginta. Sed pauper & dives non dicitur ἀσυμβ, ſed ad quid: aliquis enim eſt pauper in or-
19 dine patricio, qui dives eſt in ordine plebeio, & contrà.) Advocatus † tamen quisque ſibi eſſe non prohibetur: ſed poteſt allegationes ac diſputationes ſuas (quæ vulgò *productæ* vocant) ipſe domi conficere, ac deindè per procuratorem
20 in judicio exhibere. Illud † remanet etiam moribus noſtris non mutatum; quòd in cauſis criminalibus nemo procuratorem adhibere poteſt, ſed ipſe in judicio comparere debet, cujuscunque ſit dignitatis. Nam reatus tollit dignitatem. *l. 1. C. ubi ſenatores, vel clariſſ.*

Hæc nunc de Procuratoribus pro inſtituti ratione attuliſſe ſatis eſt. Quæ
21 † autem ſint differentiæ inter jus civile & Pontificium, quoad Procuratores, dixi *in tract. differentiarum, lib. 5. tit. 12.* neque hic denuò eadem repetam. De procuratoribus multa memorabilia affert Shraderus *tr. Feudal. ſect. ult.*

CAP. X.

De foro competente, cùm ſacrarum, tùm ſecularium perſonarum.

Ad Nov. 53. 69. 79. 83. & 123. c. 8. junctis Auth. inde ſumtis.

SUMMARIA.

1 *De foro competente, in quibus locis Pandectarum, Codicis, Decretalium, Novellarum, agatur.*
2 *Propoſitio & partitio capitis.*
3 *Fori etymologia.*
4 *Quid forum competens?*
5 *Solus ordinarius index forum habet.*
6 *Diviſio Fori.*

7 *Forum*

Digitized by Google

7 *Forum Eccleſiaſticum.*
8 *Forum ſeculare.*
9 *Forum militare.*
10 *Forum paganicum.*
11 *Forum feudale.*
12 *Forum commune.*
13 *De regulâ : Actor ſequitur forum Rei.*
14 *Fori competentis ſive competētis iudicii, cauſa quatuor usq; ad num. 61.*
15 *De primâ fori competentis causâ, Patriâ: usque ad num. 29.*
16 *Patria originis.*
17 *Patria domicilii.*
18 *Patria communis.*
19 *Hodiè Roma, adeoq; communis patria eſt Camera Imperij : ratione cauſarum civilium.*
20 *Exceptio triplex.*
21 *Emendatio l. 2 § legatis ff. de iudiciis.*
22 *De beneficio domum revocationis.*
23 *Ratio huius beneficij.*
24 *Benef. non revocand: domum ceſſat, ſi quis in ipſâ legatione vel peregrinatione Roma contraxerit.*
25 *Exceptio hereditatis aditio.*
26 *Et conſtitutum.*
27 *Et cauſa reconventionis.*
28 *De l. 2 § penult. ff. de Iudiciis.*
29 *Secunda cauſa fori competentis, locus rei cōtroverſæ. usq; ad num. 38*
30 *Regula : ubi ſita eſt res allodialis, ibi actionem proponere debet actor, poſtulante reo. usq; ad num. 37.*
31 *Ratio regulæ.*
32 *Cur dictum in regulâ ; poſtulante reo?*
33 *Idem iuris in re mobili.*
34 *Explicatio l. 10. cum 2. ll. ſeqq. ff. de Rei vindicatione.*
35 *Rem bonâ fide aliò transferens, ibi præſtat eā, ubi eſt : at malâ fide transferens, in loco iudicii præſtare cogitur.*
36 *Ratio differentiæ.*
37 *De re feudali remiſſivè.*
38 *Tertia cauſa fori competentis ; Contractus. usq; ad num. 54.*
39 *Regula : ubi quis contraxit, ibi & conveniri poteſt.*
40 *Contractus vocabulum quomodo accipiatur.*
41 *Explicatio l. omnem. 20. ff. de Iudiciis.*
42 *Cur dictum in regulâ ; POTEST, non DEBET.*
43 *Ratio regulæ.*
44 *Sed quid ſi reus in loco contractus non inveniatur?*
45 *Quid ſi quis alibi ſe daturum promiſerit, quæ[illegible] bi contra[illegible] eſt?*
46 *Exceptiones regulæ num. 39. propoſitæ.*
47 *Prima exceptio, niſi aliter convenerit.*
48 *Secunda exceptio, in mercatore advenâ: duplicitèr limitata.*
49 *Tertia exceptio, in marito, à quo repetitur dos.*
50 *Niſi tamen divortio ſolutum ſit matrimonium.*
51 *Quarta exceptio ; in conſtituto.*
52 *Quinta exceptio ; in Vagabundis.*
53 *Quid iuris in aditione hereditatis ; indeque præſtandis legatis ac fideicommiſſis.*
54 *Quarta cauſa fori competentis ; delictum vel crimen. usq; ad num. 61.*
55 *Reus criminis convenīri poteſt in loco domicilii.*
56 *Et in loco maleficii commiſſi.*
57 *De remiſſione ſive transmiſſione reorum criminis ad locum in quo crimen perpetrārunt.*
58 *De remiſſione Rei ad præſidem provinciæ ex qua reus oriundus eſt.*
59 *Reus criminis etiam poteſt convenīri ibi ubi captum eſt iudicium.*
60 *Reus criminis poteſt conveniri ubicunq; deprehenditur.*
61 *Cauſæ ex quibus iudex incompetens poſſit fieri competens. usq; ad fin. cap.*
62 *Prima cauſa ; conſenſus ſeu conventio litigantium.*
63 *Secunda cauſa, præventio.*
64 *Concilliatio l. 12 ff. ſi quis caut. cum l. 7. ff. de iudic.*
65 *Concilliatio l. 4 § rem. ff. de re milit.*
66 *Concilliatio l. penult. ff. de iurisd.*
67 *Litis conteſtatio æque & magis etiam quàm in ius vocatio, litigatorem utrumq; in eodem iudicio retinet usque ad finem.*
68 *Idem in iudicio connexo vel connexo : ubi de regulâ, Continentiam cauſæ dividendum non eſſe.*
69 *Tertia cauſa, ob quam ex iudice incompetente fiat competens : Reconventio.*
70 *Reconventiones olim mutuæ petitiones dictæ.*
71 *Deſcriptio reconventionis.*
72 *Ratio huius iuris.*
73 *Quid ſi reus alibi velit convenīre actorem, inſtituta adverſus ipſum mutuâ actione?*
74 *Plura de reconventionibus, remiſſivè.*

75 *In quibus casibus reconventio locum non habeat.*
76 *Quarta causa, ob quam index competens fiat qui alias esset incompetens; negligentia iudicis competentis, seu iustitiæ à competente iudice facta denegatio, vel protractio & num. seq.*
77 *Plura de foro competente, remissivè.*
78 *An clerici suo privilegio fori renunciare, indeque apud secularem iudicem conveniri possint.*
79 *De studiosorum iudice competente, remissivè.*
80 *Clericus noctu in delicto deprehensus ab apparitoribus iudicis secularis capi, & ad episcopum deduci potest puniendus.*
81 *Studiosi noctu in plateis peccare deprehensi, a vigilibus in carcerem oppidanum compingi, & postero die Rectori tradi solent.*

1 DE † foro competente quærere, nihil aliud est, quàm quærere ubi quisque agere vel conveniri debeat: quo modo concepta est altera pars Rubricæ *in ff. de Iudic.* In Cod. *lib. 3.* tractatur de foro competente, sub *tit. de Iurisdict. omn. iud.* cuius Rubricæ partem alteram ea materia constituit. Deinde ordine subiiciuntur aliquot speciales tituli: verbi gratia, *ubi de criminibus agi oporteat. ubi de possessione, ubi fideic. peti oporteat*; cum novem titt. seqq. In Decretalibus *lib. 2. in pr.* duo distincti sunt tituli: 1. *de Iudic.* 2. *de foro competente:* tametsi etiam sub ipso tit. *de Iudicus*, nonnullæ de foro competente extant constitutiones: ut monet Cujacius *ad Rubric. d. t. Decretal.* Pertinent quoque ad hoc argumentum plusculæ Novellæ, quas in hujus cap. inscriptione recensui, & Authenticæ aliquot inde sumtæ, & Codici insertæ. Ex quibus omnibus facilè est intelligere, quàm sit nobile ac latè patens hoc ar-
2 gumentum, quod nunc tractandum suscipimus. Contraham † autem omnia quàm fieri potest brevissimè, succinctissimeque: dicturus. 1. quid sit forum. 2. quid forum competens, & quis illud habeat. 3. quotuplex sit: & 4. deniq; ex quibus causis forum competens fiat, sive quot ex causis legitimis forum quisque sortiatur.

3 Ut † de vocabuli significatione primum dicamus, forum à ferendo dictum, quòd res vel causæ illuc perferantur: aliàs significat locum rerum venalium; qualia multa Romæ fuisse constat ex historicis, de quibus & Victor *in libb. de Regionibus Urbis Romæ*, & Joh. Rosinus *in libb. antiq. Rom.* aliique eiusmodi scriptores. Sed hîc significat locum, in quo litigantibus jus dicitur, sive jurisdictio exercetur. A quibusdam etiam *forus*, gen. masc. usurpatur, ut apud Isidorum *in libb. Etymolog.* qui allegatur *in cap. forus. Extra. de V. S.* Hinc jure fori uti, est subiicere se alicuius jurisdictioni, apud Ulpianum *in l. 7. si fideiussor. ff. qui satisd. cog.* Cui contrarium est, uti præscriptione fori. *l. 1. C. ubi sen. vel clar. l. 2. C. ubi de ratiocin. l. un. & in ipsâ inscriptione. C. in quib. caus. milit. fori præscr. uti non poss. & passim alibi*: ubi fori præscriptio usurpatur pro ea, quam vulgò vocat exceptionem declinatoriam fori: nempe cùm quis declinat ac recusat subiicere se alicujus jurisdictioni; sive cum quis examen ordinariæ sedis declinat, ut loquitur Constantinus *in l. 4. C. de jurisd. omn. jud.* sive cum quis declinat jurisdictionem
4 & præceptionem judicum: ut ait Imp. Anastasius *in l. ult. C. eod.* Est † autem forum competens nihil aliud, quàm locus congruus & proprius, ubi actor reum convenire debet, secundùm juris ordinem, quàcunque de re agatur. Eàdemq;

ratione

ratione & *judex competens* dicitur, qui & suus judex. *l. venditor. in pr. ff. de Iudic.* cui opponitur *judex non competens*, sive *non suus*: hæc enim idem valent. *l. ult. C. si à non compet. judic.* sententia non à suo judice dicta, neminem constringit litigatorum. *l. magisteria. pen. C. de jurisd. omn. iud.* reum, nisi à suo judice, nec exhiberi posse: Sic & *competens actio*, & *competens remedium*, & *usuræ competentes*, in jure nostro dicuntur. Propriè † verò loquendo forum habet tantùm ordinarius: Nam neque judex datus, sive pedaneus, neque arbiter, sive compromissarius, forum habere dicitur: sed ille quidem pro jurisdictione ordinarii datur. *l. un. C. qui pro sua jurisd. Iud. dar. dari ve poss.* Hic verò ex consensu partium, sive compromisso in ipsum facto, omnem vim ac potestatem accipit. *l 32. non distinguemus. §. de officio. ff. de rec. arbitr.* Sed nec is, cui mandata est jurisdictio propriũ habet forum, sed mandantis exercet. *l. solet. ff. de iurisd.* Satis igitur erit nobis, si dicamus de foro ordinarii, utpote à quo dependeat notio cæterorum. 5

Porrò † forum prima divisione est duplex: aliud Ecclesiasticum, aliud se- 6
culare, seu temporale. Ecclesiasticum † in quo causæ tractantur Ecclesiasti- 7
cæ. *c 1. 2. & 5. Extr. de for. compet.* Seculare † seu temporale est, in quo causæ a- 8
gitantur temporales, sive politicæ. *c. licet. Extr. de for. compet.* Subdividitur hoc in militare & paganicum. *l. un. C. ubi de ratiocin. l. 2. C. si à non comp. jud.* Militare † forum est, in quo causæ militares examinantur: de quibus infra *aliâ parte huius Methodicæ expositionis.* 9
Paganicum † est, in quo causæ civiles paganorum, 10
seu non militum tractantur. Rursus aliâ subdivisione forum seculare est vel feudale, vel commune. Feudale † in quo controversiæ tractantur feudales, 11
inter dominum, vasallum, & pares curiæ, Germanicè Lehengericht/oder Manngericht. *cap. ex transmissa. & cap. verum. Extr. de foro comp.* De quo genere videatur præter alios Vulteius *in libb feudorum*: & dixi *lib. 2. Part. Iur. Feud.* Commune † forum est, in quo aliæ causæ non feudales tractantur: quæ scilicet perti- 12
nent ad bona allodialia seu patrimonialia. Non tamen inficias eo, quin possit etiam Feudale judicium, seu forum, aliquando esse Ecclesiasticum: quando & Feudum ipsum aliud est Ecclesiasticum, aliud Laicum: ut aliàs dictum est.

Inprimis autem & antequam videamus de causis, quæ faciunt forum competens; † observanda est regula: *Actor sequitur forum Rei. l. 2. & l. 5. C. de iurisd. omn. jud cap. cum sit generale. Extr. de foro compet. & can. experientiæ. & can. seq. c. 11. q. 1.* Eaq; regula utroque jure comprobata locum habet tàm in actione in rem, quàm in personam; & tàm in criminali, quàm in civili. *l. ult. C. ubi in rem actio exerc. deb. & d. l. 5. C. de iurisd. omn. iud.* Etiam si agatur de restitutione in integrũ. *l. 2. C. ubi & apud quem cognitio in integr. rest agit. sit.* Imò etiam ad hæredem hoc jus extenditur. *l 19. heres absens. ff. de jurisd.* Atque id ordo juris dicitur, *in d. l. 2. C. de jurisd. omn. iud.* Eàque in re Jura favent Reo: cuius causa etiam aliàs favorabilior habetur, quàm Actoris. *l favorabiliores ff de R. I.* 13

Causæ † autem, ut quis judex sit competens, sive suus & congruus, item ut 14
forum sit competens; quatuor possunt numerari. 1. patria Rei conventi. 2. Res, de qua litigatur; sive de proprietate illius agatur, sive de possessione. 3. contractus. 4. delictum. De quibus eodem, quo proposui ordine, explicabo. Et de patriâ

15 triâ quidem, ut primo loco dicam, ea † triplex reperitur: originis, domicilii,
16 & communis. *l.1.l. Labeo. l. Roma. ff. ad munic.* Patria † originis, est locus ubi quisque natus est, sive unde est oriundus: sicut Ulpianus JC. è Syriâ Phœnice, coloniâ Tyriorum, oriundus fuit: quod ipse memoriæ prodidit *in l. 1. ff. de censib.* Item, ubi quisque est adoptatus, aut manumissus. *l.1. & l. libertus ff. ad munic.* eoq; in loco ita demùm rectè quis convenitur, si ibi reperiatur: ut docet Panormita-
17 nus *in cap. proposuisti. num. 7. Extr. de for. compet.* Secundò, patria † domicilii est locus, in quem quis collocavit summam rerum suarum, sive ubi quis est incola. *l 7. cives. C. de incolis. lib. 10.* Hinc forum fit competens, sive forum quis sortitur maximè generale: Nam ex omni causa conveniri quis potest eo in loco, ubi domicilium habet etiam absens. *l. 2 §. legatis. & § sed si, & ibi Dd. ff. de iudic. Felin.*
18 *& alii in cap. uli. Extr. de for. comp.* Tertiò † denique patria communis est Roma. *l. in orbe ff. de stat. hom. & l. Rom. ff. ad munic.* Hinc Cornelius Nepos in vita T. Pompeij Attici, Romam vocat domicilium orbis terrarum. Videatur & Cicero *2. orat. contra Rullum & lib. 2. de L L.* ubi de duplici patriâ. Omnes enim imperio Romano subjecti rectè conveniuntur Romæ, tanquam in supremo tri-
19 bunali. Sed † hodiè Romam intelligere debemus, ubicunque est Imperator: qui quoniam jurisdictionem universalem in causis civilibus tribuit Cameræ, forum competens est omnibus Imperii subditis, ut ibi conveniri possint in causis civilibus: Alii quidem in primâ instantiâ, alii verò per viam appellationis Dixi, *in causis civilibus*: Nam secus est in criminalibus; quibus & matrimoniales comparantur: quarum neutræ in Camerâ recipiuntor: ut testatur
20 Mynsingerus, Gailius, & quotidiana experientia. Excipiuntur † tamen 1. hi, qui speciale habent privilegium, ne ibi conveniantur. 2. immediatè subiecti imperio: præter civitates Imperiales, quæ habent beneficium Der Austräge inter se se: ut videre est *in ordinatione Cameræ, par. 2. tit. 1. & quinq; seqq.* & apud And. Gail. *lib. 1. obs. 1.* 3. etiam mediatè subjecti Imperio, qui in primâ instantiâ alioquin conveniendi sunt apud suos judices, & per viam appellationis demùm ad Cameræ judicium pertinent: si tamen reperiantur in loco judicii Cameræ, possunt ibi conveniri, statim etiam in primâ instantia: nisi ex eorum sint numero, qui habent beneficium revocandi domum, ut sunt legati. *l. 2. §. legatis. ff. de in-*
21 *dic.* Ubi † obiter moneo videri legendum, non *domus revocationem*, sed *domum revocationem*: sicut domum ductio, domum itio, & domum reditio, apud
22 Ciceronem, Cæsarem, aliosque bonos auctores usurpatur. De † illo autem beneficio domum revocationis agitur aliquot locis, sub *tit. ff. de judic.* ut *l. 2. l. 5. l. 8. l. 24. non aliàs. cum 4. legibus seqq.* Videatur quoque Donellus *lib. 17. comm. c. 13.* ubi diligenter de eo jure explicat. Datum est autem hoc jus primò legatis, ut paulò antè dicebam. Secundò etiam aliis, ut qui aliâ fortè quapiam de causâ necessariâ Romam venissent, putà evocati illuc testimonii dicendi causâ, vel rationum tutelæ reddendarũ: item profecti illuc provocationis, seu appellationis
23 causâ *da. legibus.* Ratio, † quare his liceat domum revocare, ita ut non cogantur eo loco, ubi deprehenduntur litigare; in legatis quidem illa est: quia si in ipsa legatione, dum ea funguntur, conventi litigare cogerentur, futurum esset,

esset, ut impediretur ipsorum legatio, sive avocarentur ab officio susceptæ legationis, quod fieri non posset sine detrimento Reipublicæ, cuius causâ legati abesse dicuntur: ut passim scriptum est sub *tit. ff. ex quibus causis major.* Videatur *d. l. 24. non aliàs. & l. 26 ff. de judic.* In cæteris verò ratio illa est quia non ob id Romam venerunt, ut lites sectarentur; sed aliis de causis: in quibus expediendis etiam ipsi impedirentur, si lites ibi susciperecogerentur: præsertim cùm imparati, minus que instructi eò advenerint. Hinc intelligere licet, cessante illa ratione, (hoc est, si citra impedimentum legationis, aliorumque negotiorum, quorum gratiâ venerant, litem sibi intentatam suscipere possint.) tùm verò cogendos esse & legatos, & cæteros: item si substiterint Romæ perfectâ jam, atq; expeditâ legatione *l. 2. §. omnes. vers. planè. ff. de Judic. & d. l. 26. de eo. cum duabus seqq. eod. t.* Cessat † prætereà, & denegatur beneficium revocandi domum, 24
tàm legatis, quàm aliis, si in legatione sua, vel peregrinatione contraxerint Romæ: verbi gratia, si servum aliámve rem ibi emerint: si quid ex aliâ causâ cœperint possidere. *d. l. 2. §. omnes. & l. 25 si legationis. ff. de ind c.* Ratio ibidem additur: quia alioquin, si ne tùm quidem eos cogamus judicium accipere, ubi contraxerunt, dabitur legatis potestas sub hac specie sui privilegii alienas res domum secum auferendi, quasi dicat JC quod esset absurdum & iniquum: cùm & aliàs tralatitium sit in jure, beneficia & privilegia nemini in alterius injuriam concessa intelligi debere. Oportet igitur contractum fuisse ante legationem, vel profectionem, si quis eo privilegio gaudere velit: in ipsâ legatione, aut Romæ, si contraxerit, eo beneficio non utetur, sed judicium accipere, seque defendere compelletur. *d. l. 24 ff. de judic.* Excipitur † 1. aditio hæreditatis. Est quidem 25
etiam aditio hæreditatis quasi contractus, quo is qui adiit hæreditatem obligatur legatariis. *§. heres. Inst. de obl. quæ quasi ex contr. nasc. l. 5. §. 2. ff. de O. & A. & l. 30. in f. ff. ex quib. caus. in poss. eatur.* Veruntamen si legatus hæreditatem adierit, quamvis Romæ, non competit in eum actio *l. 26. de eo. ff. de iudic.* Cogetur tamen ibi satisdare. Quòd si recuset; tùm legatarii & creditores hæreditarii mitti possunt in possessionem rerum hæreditariarum. *d. l. 6. inf. & t. t. ff. ut legat. seu fideic. nom. cav. & tit. seqq.* Debet autem illa satisdatio fieri cum fideiussoribus. *l. 1. inf. ff. qui satisd. cog.* Eaque *idonea cautio* passim in jure nostro appellatur. Aliàs verò nuda cautio, sive sola promissio ipsius sufficit: si videlicet domum revocanti prætor statuat diem, intra quem judicio sistat. *d. l. 2. §. sed si dubitetur. ff. de ind. 2.*
† Excipitur constitutum, factum à legato, & cæteris in ipsa legatione, id est, si 26
quis constituerit in legatione vel peregrinatione. *l. 8 ff. de Iudic.* Ratio est, quia in constituto prævalet causa & origo pecuniæ constitutæ ipsi obligationi ex constituto nascenti. *l. 33. qui id quod. ff. de donat.* 3. † Excipitur is casus, quo le- 27
gatus vel alius egit cum alio: tunc enim cogitur etiam excipere actiones mutuas, sive pati reconventionem in eodem loco, & apud eundem judicem. *d. l. 2. §. item si. vers. sed & si agant. & l. 22. qui non cogitur. ff. de iudic.* Nisi quis suam aut suorum injuriam persequatur, aut nisi furtum aut damnum sibi tunc datum vindicet. *d. l. 2. vers. non tamen si iniuria:* ubi & ratio videatur. Atque hæc de privilegio, sive jure revocandi domum, quando id locum habeat, vel non: de quo

28 Cùm alibi, *sub tit. de Iudic* agitur: tùm † maximè *in l. 2. de cuius. §. pen.* pauca nobis sunt dicenda. Ait Ulpianus: *In omnibus autem, in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine temporali damno creditorum oportet.* Quæ verba satis obscura sunt, & videntur ex interpolatione Triboniani addita ad Ulpianum, ut observârunt Doctissimi Jurisconsulti, Cujacius & Giphanius. Habent autem hunc sensum: si quis debitor sive Reus conventus domum revocarit, & inde dilatio ei concessa fuerit; (hoc enim est *protelari admonitionem*, id est, libellum, vel conventionem: sicut etiam idem nomen accipitur in *l. ult. C. de duob. reis*, & in *l. si decem cum petiero 48. ff. de V.O.* & alibi.) ea dilatio non debet nocere creditori agere volenti: si fortè actio sit temporalis, quæ præscriptione temporis excludi poterat: tempus enim interim ei non curret. confer. *l. ult. in f. C. qui bon. ced. poss.* & *Nov. 115 §. pen.* Item *Nov. 133. §. si verò etiam.* Ratio posita est in ipsa æquitate naturali, quia videlicet beneficium alicui indultum, sive à lege, sive à principe, non debet porrigi ad injuriam tertii alicuius: id quod fieret hoc casu. Si dilatio revocandi domum concessa noceret agere volenti. Potest etiam hæc reddi ratio ex vulgari dicto: quia agere non valenti, non currit præscriptio: tametsi hic nonnulli velint, præscriptionem quidem currere ipso jure, sed sine præjudicio creditorum, quibus hanc ob causam actio facilè restituatur. Donellus *lib. 17. comm. c. 13. in f.* vult, non aliter consultum esse creditori, quàm per litis contestationem factam à legato, cogente prætore: per quam litis contestationé actio semel inclusa judicio perpetuetur, ex regula juris *in l. non solet. 139. ff. de R. J.* Etiamsi posteà in alium locum & tempus actio transferatur: per *l. 28. sed & si restituatur §. sed & si dies. ff. de judic.* De verbo *Protelandi* dixi *in comm. ad Inst. tit. de Except.*

29 Proximum † est ut videamus, quomodo forum fiat competens ratione rei controversæ sive de qua litigatur. Hic ante omnia triplici distinctione opus est: 1. enim separare oportet rem allodialem à feudali. 2. litem de proprietate rei, à lite de possessione. 3. denique rem mobilem ab immobili. De proprietate rei sive dominio, vel quasi; agitur rei vindicatione, Publicianâ actione, & aliis in rem actionibus: de possessione rei, vel adipiscendâ, vel retinendâ, vel recuperandâ, agitur Interdictis: ut constat ex elementis juris, *tit. de Act. & t. de Interdict.* Vi-

30 deamus † primùm de allodiali: & hæc sit regula: Ubi sita est res tàm mobilis, quàm immobilis, ibi loci actionem proponere debet Actor, postulante Reo: ibi quoque judicare convenit judicem: sive agatur de possessione rei, aliquo interdicto: sive agatur de proprietate, rei vindicatione, vel Publicianâ, vel simili aliquâ. Sumitur regula ex *l. un. C. ubi de poss. agat. & l. un. C. ubi de hered. agat. & l. ult. C. ubi in rem actio exerc. deb.* & ex *l. quod legatur. 38 vers. si autem per in rem. ff. de iu-*

31 *dic.* denique ex *cap. 3. sanè. Extr. de foro comp.* ubi videatur Cujacius. Ratio † regulæ eleganter redditur & explicatur à Donello *lib. 17. c. 17* nempe, quia hoc visum sit commodius & litigantibus, & judici; ut in loco, ubi res sita est, vel constituta, potiùs quàm alibi judicium exerceatur: tùm quia nonnunquam in rem præsentem venire oporteat: tùm quia res exhibenda sit: tùm quia ibi faciliores probationes haberi possint: quarum fortè inopiâ laboratur alibi: tùm quia ibi judicium

Digitized by Google

judicium faciliorem exitum habeat, & judex ſententiam à ſe dictam ibi commodiùs exequatur, quàm alibi. Nam res ibi præſtari debet, ubi eſt. *l. 10. ſi res mobilis, & l. ſeq. ff. de Rei vind.* Breviter; ratio eſt, ut judicium ſuam obtineat commoditatem in lite exercendâ, & vim ſuam in ſententiâ exequendâ. Notandum
† eſt autem, quod dicebam, *poſtulante Reo*, id eſt, ſi conventus alibi, putà in loco 32
domicilii, opponat Actori præſcriptionem fori: dicendo, ſe non rectè ibi conveniri, cùm res ibi non ſit ſita. Nam ſi Reus hoc non poſtulet, ut conveniatur ubi res eſt ſita: neque præſcriptionem fori opponat: ſed ultrò patiatur ſecum agi in loco domicilii: non fiet ei injuria. Nam in conſentientem cujusvis judicis eſt jurisdictio *l. 1. ff. de Iudic.* Itaque forum ibi ſortietur, ubi conventus eſt, quantumvis res alibi ſit. Falſa eſt igitur quorundam opinio: Si Reus actione in rem conveniatur in loco domicilii, cùm tamen res alibi ſita ſit, eum non poſſe aliò revocare, ſed cogi in loco domicilii judicium accipere, non obſtante fori præſcriptione. Nec juvat eos quicquam, ut noſtræ ſententiæ obſtat, vel *l. ult. C. ubi in rem act. exerc. deb.*: vel exemplum petitionis hereditatis, de qua in *l. un. C. ubi de her. agi oport.* Reſponſiones ad has objectiones petere licet ex Donello *d. c. 17 §. nunc deris* ad quem brevitatis causâ remiſiſſe ſufficiat. Præterea † dixi 33
in regulâ tàm mobilis res, quàm immobilis. De re immobili nullum eſt dubiũ: ſed in re mobili idem juris eſt: ut ſcilicet peti debeat, ubi eſt; ſi Reus eò revocet, idque poſtulet. *arg. d. l. 38. quod legatur. ff. de iudic.* ubi diſertè agitur de re mobili legatâ & petendâ. Nec † obſtat *l. 10. ſi res mobilis. cum duabus ſeqq. ff. de rei vind.* 34
ubi res non in loco judicii, ſed ubi eſt, reſtitui debere dicitur regulariter. Ex quo apparet, alio loco actum eſſe, quàm quo res ſita fuit. Sed, ut dixi, hoc non obſtat: quia eiusmodi caſus proponi poteſt, ubi volente & conſentiente Reo alibi actum ſit. Potuit enim is juri pro ſe introducto, ſive ſuo favori renunciare: vel etiam poteſt res ex loco, ubi fuerat initio litis, poſteà alium in locum à Reo translata eſſe, ſive id bonâ fide, ſive malâ fide factum ſit. Hoc tantùm intereſt,
†. quòd is, qui bonâ fide tranſtulit rem, ibi præſtat, ubi eſt; niſi Actor velit ſuis 35
ſumtibus illam præſtari in loco judicii: at verò malâ fide rem transferens, cogitur ſuis impenſis, non Actoris, rem præſtare in loco judicii, ubi ab initio fuit. Et
eſt ratio † differentiæ: quia bonâ fide transferenti nihil eſt, quod imputari 36
poſſit, ſuo namque jure uſus eſt. *arg. l. 21. in re mandata. C. mand.* Jure autem ſuo utens, nemini facit injuriam. Sed malâ fide transferenti certè aliquid imputari poteſt. Quare enim non reliquit rem in loco, ubi erat? Certè dolus ſuus non debet ei prodeſſe, aut patrocinari; neque alteri nocere: cum malitiis non ſit indulgendum. Bartolus & Dd. *in l. ult. C. ubi in rem actio.* Diſtinguunt inter rem mobilem, quæ ita in aliquo loco eſt conſtituta, ut ibidem maneat, & eam, quæ non eſt ibi manſura: ut in illâ idem jus obtineat, quod in re immobili: in hac verò non item, quia ceſſet ratio. In legibus tamen vix habet fundamentum illa diſtinctio.

Proximum † nunc eſſet, ut diſpiceremus de re Feudali: ſed hic repeti poſ- 37
ſunt; quæ dixi *in Partitt. Feudal.* (Videantur etiam Vulteius, Roſenthal, & alii) nec actum agamus.

Digitized by Google

38 His † igitur omissis, videamus, quomodo ratione contractus forum quis
39 sortiatur. Regula † hæc sit: In quolibet loco, ubi quis contraxit, potest ex eo contractu sive obligatione ibi conveniri, & conventus ibidem se defendere debet. *l 19. heres §. 1. & §. proinde & l. 45. argentarium. in pr. ff. de iudic. l. 1. 2. & 3. ff. de*
40 *reb. auct. iud. poss.* Contractus † appellatione hîc latè utimur, ut etiam quasi contractum comprehendat: non tamen ita latè, ut maleficia quoque & quasi maleficia eo vocabulo contineri velimus: tametsi aliquando, sed valdè impropriè, etiam delicta *mali contractus* appellentur. *l 52. si rerum. ff. de re iud.* de quo latiùs alibi. Quare non tantùm is, qui emit, aut vendidit aliquo in loco, qui quidem ex contractu propriè sic dicto tenetur, sed etiam qui negotia administravit aliena, vel tutelam alicuius, aut curam alicubi gessit, vel qui hæreditatem adiit, (qui sunt quasi contractus, ut cõstat ex *tit. Inst. de O. l qua quasi ex contr. nasc.*) eo in loco potest conveniri, & conventus debet se defendere, vel per se, vel per alium: nisi malit pati missionem in possessionem bonorum *dd. l. & l. 54. neq. §. ult.*
41 *ff. de procur. l. 1. & 2. C. ubi de ratiocin.* Huc pertinet † *l. 20. omnem obligationem. ff. de iudic.* ubi Paulus ait, *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est: ut ubicunque aliquis obligetur ibi & contraxisse videatur: quamvis non ex crediti causâ debeatur.* Ubi JC. non hoc vult, quasi obligatio & contractus unum & idem sit. Differunt enim ut causa & effectus: item, ut factum & ius. Contractus, qui est facti, ut est *in l. 7. consilio. §. ult. ff. de curat. furios.* causam præbet obligationi, quæ est jus. *Inst. tit. de reb. corp. & incorp.* & definitur, Juris vinculum, *init. tit. Inst. de oblig.* Nunquam autem fieri potest, ut causa sit effectus, vel contrà, aut ut alterum pro altero accipiatur: quamvis interdum impropriè obligationes pro contractibus usurpentur: ut fit *in l. 5. ex hoc iure. ff. de I. & I.* Obligationes constitutæ, id est, contractus introducti sunt, ex jure gentium, inquit Hermogenianus. Sed hoc vult Paulus: In edicto prætoris cum fit mentio obligationis, (nam ad hanc juris partem *d. l. 20.* pertinet) non tantùm intelligendam esse eam speciem obligationis, quæ ex causâ crediti, sive ex mutuo oritur: sicut aliàs fortasse solet, cùm strictissimè sumitur creditorum & obligationis appellatio: sed omnem etiam aliam causam, ubicunque aliquis obligetur, id est, ex quâcunque causâ. Nam quod particula, *ubicunque*, sic potiùs accipienda sit de causâ, quàm de loco, satis declarant verba sequentia: *quamvis non ex crediti causa debeatur.* Tametsi hoc quoque aliàs verissimum sit, locum contractus non ex initio rei gestæ, sed ex solutione, in quam obligatio collata est, æstimari solere à Jurisconsultis. *l. 3 ff. de reb. auct. iud. poss. & l. 21. contraxisse. ff. de O. & A.* Aliter verba Pauli explicat Donellus *lib. 17. cap. 14.* nempe omne factum, ex quo nascitur obligatio, habendum esse pro contractu: videlicet quoad effectus identitatem: atque ita etiam de obligationibus ex maleficiis, & quasi maleficiis, Pauli verba intelligenda putat.

42 Porrò † observandum, quod dixi in regulâ superiori; Posse eum qui aliquo in loco contraxit ibidem conveniri, nempe si id velit Actor: ne putemus, hunc cogi in eo unico & solo loco agere, ita ut alibi non possit. Imò verò potest etiam alibi eum convenire, cum quo contraxit: Est enim in arbitrio Actoris, utrum

utrum malit Reum in loco domicilii, quàm contractus convenire. *d. l. 19. heres §. 1. & §. ult. ff. de iudic.* Non est autem in arbitrio Rei conventi, utrubi velit conveniri & se defendere. Ratio † regulæ, hoc est, cur in loco contractus Reus 43
conveniri possit, & se defendere debeat, duplex est: tùm conventio contrahentium, si non expressa, saltem tacita, quæ in contractibus eandem vim habet. *l. 4. ff. de pact. cum simil.* tùm etiam natura & lex obligationis. Utramque latius explicat Donellus *d. c. 14. in pr.*

Quæret † aliquis: quid autem fiet, si Reus in loco ubi contraxit, non in- 44
veniatur, & tamen Actor malit ibi eum convenire, quàm in loco domicilii? Postulabitne Actor, ut Reus à judice vel magistratu loci, in quo domicilium habet, transmittatur, vel venire jubeatur ad locum contractus, ut ita ibi se defendat? Fuit quidem hæc opinio Johannis & Azonis, teste Accursio *ad d. l. heres. §. 1 arg. im. Nov. 134. §. si verò quis*: ubi jubentur Rei criminum transmitti ad locum perpetrati criminis (quæ de re dicam infra *tract. de pœnis*) sed hæc sententia meritò ab aliis repudiata est, sicut etiam Jure Canonico improbatur. *cap. 1. §. contrahentes. de foro compet. lib. 6* Jam si porrò quæras, quomodo se defendere possit, aut quomodo conveniatur absens, & quænam sit utilitas eius conventionis: dicã, pati ipsum missionem in possessionem bonorum, quam etiam pateretur si adesset, & latitaret. Nam hæc pœna edicto prætoris proposita est adversus absentes indefensos & latitantes. *tot. tit. ff. de reb. auct. iud. possid. & tot. tit. ff. quib. ex caus. in poss. eatur.*

Quid † verò, si quis certo loco se daturum promiserit, puta alibi, quàm ubi 45
contractum est? Et placuit, eum posse quidem alio quovis loco conveniri, atq; ita etiam in loco, in quo contraxit: sed actione arbitrariâ habita scilicet ratione utilitatis, sive eius, quod interest. Quâ de re agitur *tot. tit. ff. de eo quod cert. loc.* & attingitur eadem res *Inst. §. si quis agens. 1. de action.*

Exceptiones † à superiori regulâ sequuntur. Non enim est perpetuum, ut 46
Reus, sive debitor conveniri possit in loco, ubi contraxit. Et possunt ferè quinque observari exceptiones. Quarum † prima hæc est: si convenerit inter 47
contrahentes, ne Reus ibi se defendere cogeretur. *d. l. heres. §. proinde.* Cujus exceptionis ratio est ipsa æquitas: ut videlicet fides conventionis & pacti servetur. *l. 1. & l. 7. §. sed cum nulla. ff. de pact. & l. 1. ff. de const. pecun.* 2. † Exceptio est, 48
in mercatore advenâ. Hic enim si alicubi contraxerit, iter faciens vel præternavigans, mox abiturus, non cogitur eodem in loco se defendere. *d. l. heres. §. proinde.* Ratio posita est in conditione personæ, & tacitâ conventione contrahentium: qua hoc actum videtur, ne talis advena ibi detineatur litigiis: quod fieri non posset, sine magno ipsius incommodo; interrupto atque impedito quasi cursu cœpti itineris. Sed limitatio duplex hic observanda est ex *eodem §. proinde. 1.* est: dummodo ne aliquandiu in eo loco constiterit, non quidem animo domicilii figendi, sed conductâ tabernâ, pergulâ, officinâ, vel horreo, vel armario; sicut fit in nundinis & mercatibus. Nam si quid eiusmodi factum sit ab advena; unde appareat posse ipsum velle suas merces ibi venum exponere: jam certum est, debere ipsum etiam ibidem se defendere, si conveniatur. Secunda: dummo-

dò qui cum advenâ contraxit, ſciat eius conditionem. Si enim talem eſſe ignoraverit, non oberit Actori: quia de ignorante non poteſt dici, quòd fidem eius ſecutus fuerit, & conditionem perſonæ contrahendo approbârit. Nec obſtat *l. qui cum alio. 19. ff. de R. I.* Nam incidere poſſunt cauſæ ignorantiæ juſtæ, ac proba-
49 bilis: quod etiam fit, quando quis contraxit, cum minore, qui ſe majorem eſſe dixerit, vel cum filiofamiliâs, qui pro patre ſe habebatur. 3. † Exceptio eſt in marito, à quo repetitur dos. Nam hic non in loco dotis conſtitutæ, ſive dotalium inſtrumentorum confectorum, ſed in loco domicilii ſui ſe defendere debet *l. 65. exigere. ff. de iudic.* Ratio eſt, quia tametſi dotis datio ſit contractus. *l 23. ubi dixi ff. de R. I.* tamen non ex eo genere contractus eſt, ut oporteat ſpectari locum, in quo inſtrumentum dotis eſt factum; ſed eum potiùs, qui eſt domicilium matrimonii, ſive quod idem eſt, domicilium mariti. *d. l. 65.* Nam uxor id ſequi cogitur. *l. pen. ff. de iurisd. & l. ult. C. de incol. lib. 10.* Accedit huc, quòd dos ſit contractus non per ſe ſubſiſtens: ſed accedat ad matrimonium, velut pediſſequa eius: ut ſupra diximus *part. 5.* Dos enim datur matrimonii causâ, ut ſine matrimonio dos nulla ſit. *l 3. & l. 7. ff. de iure dot.* Jam ſi uxor cogitur ſequi domicilium & forum mariti. Ergo multo magis etiam eius res & bona, tanquam acceſſoria perſonæ, & matrimonii: & proinde æquiſſimum eſt, ut mulier dotem repetat in loco domicilii mariti, nec trahat maritum in forum eius loci, ubi confectum eſt
50 dotale inſtrumentum. Non † obſtat huic ſententiæ *l. 42. ff. de iudic.* ubi dos, matrimonio per divortium ſoluto dicitur repeti debere Romæ in loco divortii: non autem in loco domicilij mariti: etiam ſi maritus ſit legatus. Eſt enim hoc jus ſingulare in divortio; cujus juris ratio eſt odium divortii, quod facit, ut maritus pluribus locis teneatur, quia ſcilicet vel cauſam dedit divortio, vel certè id fieri permiſit. Notanda eſt igitur diſtinctio inter hos duos modos diſſolvendi matrimonii, mortem, & divortium. Morte namque ſoluto matrimonio, mulier dotem repetit ab heredibus mariti, in loco ubi maritus habuit domicilium. *d. l. 65.* Sed divortio ſoluto matrimonio poteſt uxor repetere dotem etiam alibi, puta ubi factum eſt divortium. *d. l. 42.* Quare autem poſſit etiam legatus conveniri Romæ tali caſu, cum tamen aliàs privilegium habeat revocandi domum, ut ſupra dictum *hoc eodem cap.* illa eſt ratio, quia legatus tenetur ex contractu tempore legationis inito, vel habito. *l. 2. §. legatus. ff. de iudic.* & dixi *hoc eodem cap. inter exceptiones.* Divortium autem eſt etiam contractus, ſive diſtractus quidam. Eſt enim diremptio matrimonii. *l. 1. ff. de divort.* Porrò de *d. l. 65.* videri quoq; poteſt Joh. Robertus. *lib. 1. ſent. c. 4.*

51 4. † Exceptio eſt in conſtituto. Nam ſi quis conſtituerit id, quod debebat vel ipſe, vel alius, non poteſt conveniri, neque ſe defendere cogitur, in loco ubi conſtituit: ſed tantum in loco, ubi debebatur id, quod conſtitutum eſt. *l. ſi quis ff. de iudic.* Nec obſtant leges in ſpeciem pugnantes, ut *l. eum qui. 5 §. 1. ff. de pecun. conſt.* Solutio enim traditur à Donello: qui videri poteſt. *d. lib. 17. comm.*

52 5. † & ultimò excipiuntur vagabundi. Hi enim quocunque in loco deprehenduntur, poſſunt conveniri. ut docet Baldus. *in l. ſi in poſſeſſione. C. ubi cauſ. ſtatus agi debeat.*

Extra

Ex trahos casus exceptos potest quis conveniri in loco contractus, ibique forum competens sortitur, & ibi conventus debet se defendere: nisi pati velit missionem in possessionem bonorum suorum. Porrò † tenetur quidem et- 53
iam heres legatariis & fideicommissariis ad præstanda legata & fideicommissa, & quidem obligatus est ipsis ex quasi contractu: videlicet aditione hæreditatis: Ex quo dicendum videbatur, secundum superiorem regulam ipsum in loco contractus, id est, ubi hæreditatem adiit, semper conveniri posse, ibique conventum debere se defendere, & rem præstare. Sed hoc non est perpetuum, & distinctionibus quibusdam indiget, ex *l. si fideic. 38. & l. quamvis. & l. sed & si susceperit. ff. de iudic. & tit. C. ubi fideic. peti oport.* Primùm ibi rectè petitur legatum vel fideic. ubi heres domicilium habet, sive hæreditas ibi sit, sive non sit. *d. l. si fideic. 38. §. ult. ff. de iud.* 2. extra locum domicilij, aut expressit testator certum locum, quo in loco vellet præstari: & procul dubio ibi rectè convenietur hæres, & rem præstare cogetur. Facit hoc voluntas ipsius testatoris, quæ in testamentis dominatur, & pro lege valet, *vulgatò §. disponat. Nov. 22. de nuptiis* (qua de re dixi supra *etiam part. 6.*) *& l. 120. verbis. ff. de V. S. l. 12. in f. & l. pen. ff. de leg. 1. l. ex facto. §. rerum. ff. de hered. inst.* Et huic voluntati testatoris censetur heres adeundo hæreditatem se accommodasse ac subiecisse, atque ita quodammodò consensisse in eum locum, & ibidem contraxisse. *l. 21. contraxisse. ff. de O. & A.* Aut verò testator disertè de loco nihil cavit: quo casu hanc sequemur conjecturam voluntatis, ut legatum vel fideicommissum ibi præstetur, ubi quàm facilimè & cum minimo incommodo suo id facere potest hæres. Est enim hoc tenendum pro principio: quòd testator heredem suum quàm minimùm gravare voluerit. *l. 67. unum ex familiâ. §. si rem. ff. de leg. 2.* Si ergo res vel species certa sit legata, ibi debet peti, & dari ubi est. *l. quod legatur. ff. de iudic. & l. cum res. in pr. ff. de leg. 1.* Ratio est, quia ibi quàm commodissimum & facilimum est heredi, rem præstare. Quod si alibi petatur, ut ubi major pars est hæreditatis, ut in *l. sed & si susceperit. §. ult. vers. si ea res. ff. de iudic.* intelligere debemus; idcircò hoc fieri, quia testator sic voluerit. Exceptio est, nisi heres rem certam dolo trāstulerit ex eo loco in alium locum. Tunc enim ibi cogitur dare, ubi petitur. *d. l. quod legatur. & d. l. cum res.* Facit hoc dolus, qui pro possessione est. *l. dolo. & l. partem. ff. de R. I. cum simil.* Si verò res incerta, sive quantitas legata sit, vel ibi est petenda, ubi est tota hæreditas, *d. l. un. C. ubi fideic. peti oport.* vel si in diversis locis sit hæreditas, ubi major est eius pars. *d. l. si fideic. 38. in pr. ff. de iudic.* Est autem major pars etiam non detracto ære alieno, tametsi ibi contractum fuerit. *d. l. si fideic. §. 1.* Nisi bona ibi sita sint destinata ad æs alienum solvendum. Interdum verò etiam ibi præstandum est legatum vel fideicommissum, ubi minor est pars hæreditatis: ut accidit, vel ex consensu heredis, vel ex genere rei legatæ, vel ex conditione fideicommissarii. Ex consensu, his tribus modis. 1. si apertè consenserint. 2. si cœperit ibi solvere. 3. si suscepit ibi actionem sive judicium. Nam ubi cœptum est judicium, ibi & peragi debet, ac finem accipere. *l. 30. ubi acceptum. ff. de iudic.* Ex genere rei legatæ: verbi gratia, si testator legaverit alicui vel fideicommisso reliquerit tesseras frumentarias liberto suo. Ex conditione fideicommissarij, si ni-

mirum

mirum ea talis sit, ut alio loco ipsi legatum vel fideicommissum præstandum sit.

54 Restat † ut dicamus, ubi conveniatur is, qui aliquod maleficium, aut crimen commisit: qua de re extat *tit. C. ubi de criminibus agi oport.* Etsi autem aliàs propriè loquendo inter maleficium sive delictum, & crimen multum intersit: quod discrimen explicatur *ad tit. I. de oblig. quæ ex del. nasc. & ad t. de publ. Iudic.* tamen hoc loco, ubi de foro competente agitur, non distinguimus inter obligationem ex maleficiis, & ex criminibus. Nam in utroque genere, idem juris est.

55 Primùm † igitur, qui aliquod commisit vel maleficium, vel crimen, sive id ordinarium, sive extraordinarium sit, conveniri potest in loco domicilij sui. *l. 2. C. d. t. ubi de crim agi oport.* ubi quod dicitur de unâ specie criminis, nempe de plagio, ubi degit is, qui plagii crimen commisit, id est, ubi domicilium habet, ibi competentem judicem de crimine cogniturum: idem de toto etiam genere, hoc est, de quovis crimine verum esse, intelligi debet. Nam in omnibus eadem est ratio. Eidem jus *argum. l illud ff. ad L. Aquil.* Et exempla non restringunt regulam, ut aliàs dicitur Ratio est in generali regulâ. *l. 2. C. quæ sit ad omn. iud.*

56 Secundò † conveniri potest Reus criminis in loco, ubi crimen perpetravit, ibidemque accusatus debet se defendere, sive ibi quæstio criminis perfici debet *l. ult. ff. de nox. act. l. 7. § ult. & l. ult. ff. ut acc. sit. l. 1. & Auth. quâ in provinc. C. ubi de crimin. agi oport.* (quæ est particula *Nov 68*) *l ult ff. de offi. præsi.* Ampliatur hoc. 1. ut procedat, etiamsi ibi non commissa, sed tantùm inchoata sint crimina, alibi verò consummata. *d. l. 1. C. ubi de crimin.* 2. ampliatio est, ut etiam obtineat hoc in militibus. Item in senatoribus & illustribus personis. *d. l. ult. ff.*

57 *de accus. & l. 1. C. ubi senator. vel clariss.* 3. ampliatio est, † ut etiamsi Rei criminum non sint jam in eo loco, ubi deliquerunt: tamen desiderante vel postulante magistratu eius loci, debeant remitti in eum locum judicandi, condemnandi, condemnandi, & puniendi: cuius remissionis Reorum in Jure nostro crebra est mentio. Videatur *d. l 7. § pen. ff. de accus. l. solent ff. de custod. & exhib. Reor.* item *Nov. 134. § si verò quis.* Fit ea transmissio ad requisitionem & instantiam magistratus, verbi gratia præsidis provinciæ ab eo, sub quo est Reus, & fit cum persecutoribus sive satellitibus quibusdam, qui cavent, ne Rēus elabatur & aufugiat: quomodo legimus in Actis Apostolorum, Paulo Apostolo aliquot milites additos fuisse, cum Romam duceretur. Nostris moribus etiam nonnunquam usitata est: sed quia multiplex est confusio jurisdictionum, ferè nunquam fit sine cautione quadam, sive literis Reversalibus, qua transmissionem Rei alicujus petens, cavet ac promittit transmittenti, nullum præjudicium ipsius jurisdictioni inde generatum iri, vel extiturum. Ratio istius transmissionis est: quia videtur pertinere ad publicam utilitatem, ut exempla publicæ vindictæ edantur eo potissimum in loco, ubi est crimen admissum, nempe ut & illi, quibus injuria est facta, vel nocitum, habeant hoc ipso quoddam solatium injuriæ, aut etiam ipsorum hæredes: Deinde, ut & alij à maleficiis & facinoribus exemplo deterreantur: ideo, inquam, receptum est, ut ibi plecti debeat Reus, ubi facinus

cinus admissum est. *l.3.in pr.ff.de re mil.& ibi gl.* Habet autem hæc transmissio locum, non modo si res sit integra, nondum ullâ accusatione apud alium magistratum institutâ, verùm etiam cœpto jam agi: imò etiam alibi jam factâ condemnatione. Potest enim adhuc peti remissio facinorosi ad locum patrati criminis: ut scilicet ibi fiat executio, & supplicium de Reo sumatur. *d.§.si verò quis Nov.134.* Nec obstat *l.1.C.ubi de crimin.* quæ lex jubet ibi perfici quæstiones criminum, ubi inchoata est accusatio: Nam *in d.l.1.* affertur regula: sed *in Nov.134.* affertur exceptio, nempe nisi magistratus loci, ubi delictum est commissum, revocet Reum: ut ita hîc quoque genert per speciem derogetur: quod fit in toto jure *l.in toto.ff.de R.I.* Hæc de remissione Reorum ad locum delicti. Est † & 58
alia species remissionis, quæ fit ex loco delicti ad præsidem provinciæ, ex quâ Reus est oriundus: & fit cum elogio, id est, cum expressione ipsius delicti, & circumstantiarum eius: neque fit temerè, sed ex certâ causâ. *l.non dubium.§.1.ff. de cust.& exhib.Reor.& d.l.3.ff. de re milit.*

Tertiò † conveniri potest Reus criminis ubi judicium est cœptum & in- 59
choatum, sive ubi cœpit se defendere. Ibi namque debet perfici, seu peragi crimen & judicium. *d.l.1.C.ubi de crimin. l. adulteram. 13. C. ad L.Iul.de adult.* Facit huc *l.ubi.ff de iudic.* Ratio est, quia præscriptio fori non potest opponi post litem contestatam, si initio fuerit prætermissa. Debet enim ante omnes alias dilatorias exceptiones proponi, eâque omissâ jam semel quis se subjecit jurisdictioni alicujus, quamvis illa ad eum alioqui non pertinuisset. *l. 19. exceptionem. C.de probat.& l.29.si quis advocatus.C.de except.l.2.C. de iudic.*

Quartò † conveniri potest Reus in quovis loco, ubicunque reperitur, 600
quamvis neque domicilium ibi habeat, neque deliquerit. *d.l.1.C. ubi de crimin. & argument.l.3.ff.de offic.præsid.& l.2.C.ubi senator. vel clariss.l.1.C.ubi quis detur.vel cohort.* Accursius quidem, Bartolus, alijque Interpp. conantur verba Imp. *in d.l. 1.C.ubi de crimin.* ita interpretari: *ubi reperiuntur, qui perhibentur Rei esse criminis,* id est, ubi domicilium habere deprehenduntur, *arg. l.in criminali,5.C.de iurisd. omn.iud.* ubi etiam in criminali negotio Actor dicitur sequi forum Rei: de qua regula dixi supra *init. huius cap.* sed aliud est, habere alicubi domicilium, aliud est forum sortiri. Hoc enim multò latiùs patet, quàm illud. Deinde aliud est reperire alicubi, & aliud habere alicubi domicilium. Quare vulgatam illam interpretationem rectè repudiare videtur Dn. Donellus *lib.17.c.16.* Ferdinandus quoque Imp. in Comitiis Augustanis constituit, ut possint Rei criminum conveniri ac puniri ubicunque deprehenduntur, etiamsi alibi deliquerint: sicut plerumque solent prædones hinc inde sine certis sedibus & domicilio divagari.

Dixi huc usque de causis, ex quibus quisque forum sortiatur, sive ex quibus judex fiat competens, vel, quod idem est, ex quibus quis alicuius jurisdictioni subijciatur. Sunt † tamen causæ, ex quibus etiam incompetens, sive incon- 611
gruus judex possit fieri competens, quas deinceps breviter exponam. Casus vel causæ hujusmodi sunt quatuor: 1. conventio, sive consensus litigantiũ. 2. prævention. 3. reconvention. 4. negligentia judicis, sive denegata justitia.

62 Ad † primum quod attinet, consensus sive conventio litigantium facit quem judicem competentem, qui aliàs non esset: nempe si inter ipsos convenerit, ut quispiam pro competenti adeatur, quamvis litigatoribus non sit competens: dummodò is alioqui jurisdictionem habeat. Hunc enim si litigantes adierint, faciunt competentem; atque, ut Interpp. loquuntur, prorogant eius jurisdictionem. *l.1.& 2.ff.de judic.l.1.C.de jurisd.omn.jud. & l.est receptum. cum l.si convenerit, ubi gl.& Dd.ff.de jurisd.* Intelliguntur autem adijsse, si lis fuerit contestata. Priusquam adierint, potest altera pars resilire per pœnitentiam, tanquã re adhuc integrâ, nisi vel jurejurando se obstrinxerint, vel renunciaverint privilegio fori. *l.pen.& ibi Dd.C.de pact* ubi observanda est limitatio, sive differentia juris canonici, de qua latè Cujacius *ad c si diligenti. 12. & c.18 significasti. Extr. de foro compet.* & dixi *in tr. Differ. utriusque juris lib.5. c.4.*

63 Secundò † præventio quoque, ut dixi, facit judicium competens: ut si semel citatus à judice, qui erat competens tempore citationis posteà alteri subesse cœperit, puta translato domicilio, aut novo privilegio fori, sive proprij judicis impetrato; nihilominùs cogetur respondere apud priorem judicem: quod scilicet is prævenerit: & quòd cognitio ibi finienda sit, ubi cœpta est *l.7. si quis posteaquam.ff.de judic.cap.pen. Extr. de foro compet. & l. cum quidam. ff.de jurisd.* Ratio est, quia ubi semel cœptum vel acceptum est judicium, ibi etiam finem accipere debet. *l.30. ubi.ff.de judic.* Usque adeò, ut ne heres quidem possit uti privilegio, judicio semel cœpto contra defunctum. *l.19 heres.& l.34.ff.d.t. de judic.* Generaliter enim causa semel cœpta, non mutatur privilegio superveniente. *l.2.& l.10 ff.de vac.& excus.mun.* verbi gratia si quis cum ab initio tutor rectè petitus esset vel datus, posteà privilegium nactus, ob quod excusatione possit uti, nihil ei proderit privilegium vel excusatio superveniens. *l.28. tutor petitus. ff.de excus.tutor* Similiter incola domicilium alicubi habens, cujus ratione cœpit esse obnoxius muneri, etiamsi posteà domicilium mutet, hæc res nihil ei
64 proderit. *l.34.incola.ff.de mun.& honor.* Sed † obstare videtur. 1. *l.12. qui autem.ff.si quis caution.* ubi Paulus: *non videtur*, inquit, *sisti in eâdem causâ, qui novo privileg outitur.* Concedit igitur Paulus, locum esse privilegio novo, id est, supervenienti: quod jam dictis est contrarium. Resp. privilegium fori superveniens non nocet aliud verò privilegium nocere potest, nempe si debitori extra ordinem dentur induciæ quinquennales. *l.1 C.de petit.sublat.& l.ult. C.qui bon. ced.poss.* quæ est solutio Dn. Giphanij. Vel etiam potest dici *l. qui autem.* intelligendam de eo casu, quo Actor patitur, ut Reus revocet forum, usus privilegio: Item, de eo casu, quo alicui specialiter tributum est privilegium propter utilitatem publicam, vel amplitudinem, vel gratiam: sed *d.l 7.* accipiendam esse de privilegijs vel à jure publico, vel à principe simpliciter concessis. Ita Donellus *lib.17. cap.18.* Videatur etiam Cujacius *ad cap. pen. extr. de for. compet.* ubi ait, *d.l. qui autem:* non loqui de privilegio fori, sed de alio privilegio, quo postea uti non prohibeatur: hunc, inquam, non videri in eâdem causâ sisti. Secundò
65 † obstare videtur *l.4.§.reus.ff.de re mil.* ubi miles, quamvis jam alibi postulatus, tamen posteà miles factus non remittitur ad locum, ubi primũ postulari cœpit.

Resp.

Digitized by Google

Resp. id esse jus singulare in militia, ut scilicet disciplina militaris tantò castior servetur: exemplo pœnæ sumendæ ibidem ab iis, qui posteaquam deliquerunt speṛant se evasuros obtentu militiæ. Ut taceam, quod & alia multa in re militari apud Romanos singularia sint recepta: de quibus diligenter scripsit Claudius Coteræus *in libb. de re mil.* De hac objectione etiam vide Cujacium *ad cap. pen. Extr. de foro compet.* Deniqué † obstare videtur *lex pen. ff. de iurisd.* ubi etiam videtur litis contestatio requiri, ad hoc ne novum privilegium noceat: cùm tamen hoc loco sufficiat sola in jus vocatio, sive citatio. Resp. id ita ex facto ibi contigit, ut litis contestatio accederet; non quòd sine eâ non idem esset. Deinde disputatur ibi de sententiâ post novum forum impetratum exequenda. Porrò cùm vocationis in jus, quæ omnium actionum instituendarum initium esse dicitur, *§. ult. I. de pœnâ temerè litig.* cùm, inquam, hujus tanta sit vis: multò utique magis eandem obtinebit etiam litis contestatio, sive, ut Jurisconsulti loquuntur, judicium acceptum. Nam † & litigatorem utrumque in eodem judicio retinet usque ad finem; & retinet etiam in judicio conjuncto sive connexo: & denique etiam locum facit reconventioni, de qua paulò pòst seṗaratim. De eodem judicio non est dubium, per *l. 7. si quis posteaquam. & d. l. 30. ubi ff. de judic.* & *per l. pen ff. de jurisdict.* Et primùm quidem quo ad Reum: secundo verò etiam quoad Actorem. Hic enim posteaquam semel agere cœpit, & litem contestatus est cum aliquo in uno loco, non potest ampliùs alibi agere: amisit enim electionem, quam initio habebat, & jurisdictionem uno loco constituit, cujus commodum non potest posteà adimere Reo, sicut nullum jus quæsitum cuiquam detrahi debet, *l. id quod nostrum. ff. de R. I.* De † conjuncto sive connexo judicio est *l. nulli, C. d. t. de judic.* Est autem connexum judicium, verbi gratia, de possessione & proprietate. Longè commodius esse, ut priùs agatur aliquo interdicto de possessione, quàm actione in rem, de proprietate, alibi docetur, ut *l. 24. is qui destinavit. ff. de Rei Vind. l. 18 ff. de vi & vi arm. l. 12 ff. de acquir. poss. §. retinendæ. I. de interdict.* & facit huc etiam *l. 37. si de vi. ff. de judic.* Si quis igitur agere cœperit uno loco de possessione interdicto aliquo, in eodem judicio etiam de proprietate agere debet: quia hoc judicium connexum est cum priore; & illud fuit quasi vestibulum, vel præparatio istius: nec oportet continentiam causæ dividi. *d. l. nulli. C. de judic.* De qua regulâ celebratissimâ, *continentia causæ non est dividenda*, prolixè & utiliter scripsit Petrus Friderus Mindanus, *de Proceß.*

Transeamus † ad Reconventionem, de qua peculiare caput proponemus infra: sed hic obiter illud argumentum attingendum est, propter causam, quæ ex superioribus intelligitur, nempe ut intelligamus, quomodo interdum etiam ob reconventionem fiat judicium competens, quod aliàs non esset. Reconventiones † à vett. Jurisconsultis appellantur *mutuæ petitiones*, ut etiam *lib. 2. Decretal.* extat *tit. 4. de mutuis petit.* ubi eleganter de his locum Tertulliani profert Cujacius *ex lib. 2. adversus Marcionem:* ubi ait Hebræos instituisse mutuam petitionem contra Ægyptios, petentes vasa aurea & argentea quòd allegarent, sibi quoq; oportere restitui mercedes operariæ servitutis. Earum † jus fluxit ex compensationum æquitate; & est hujusmodi: quoties Actor forum Rei

66 67 68 69 70 71

secutus, cui ipse non subest, à Reo convenitur mutua petitione, cogitur respondere Reo apud eundem judicem, apud quem ipse agit, quamvis alioquin ille sibi esset incompetens. Unde Paulus inquit: qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, & ad eundem judicem mitti. *l. 22. qui non cogitur. ff. de judic.* Eodem pertinent *l. 1. §. ult. ff. de extraord. cognit. l. Lucius. ff. mand. l. 1. §. ult. ff. de sentent. quæ sine appell. resc. poss. l. 11. si idem cum eodem. §. 1. ff. de jurisd. l. cum Papinianus. & Auth. & consequenter,* (quæ est particula *Nov. 96. c. 2.* cum qua conferenda est *Nov. 123. c. 25.*) *C. de sentent. & interloc.*

72 Ratio † jam indicata est, nimirum æquitas compensationum; tùm quia mutua petitio est pars ejusdem judicij, sive unum idemque est negotium actionis institutæ & mutuæ petitionis. Quare qui agendo elegit ac sumsit judicem in parte negotij illius; non debet in alterâ ejus parte dedignari vel recusare, quò minùs eundem contra se habeat judicem. Eôdem quoque accedit amor compendij litium, cui legislatores semper maximè student. *argum. tit. I. de pœn. tem. litig. & l. properandum. C. de judic.* Nam & aliàs tralatitium est, non debere per plura fieri, quod potest per pauciora: quamobrem etiam in jure introducta est

73 fictio brevis manus, quæ vocatur. Quid † si Reus alibi velit convenire Actorem, institutâ adversus ipsum mutuâ actione, an hoc ei permittendum est? Resp. siquidem Actor id fieri patiatur, potest: sin autem recuset, non potest. *d.*

74 *Auth. & consequenter. C. de sent. & interloc.* Plura † de mutuis petitionibus videre licet cùm apud alios, tùm inprimis apud Robert. Marantam *part. 3. de ord. jud. c. in 6. dist. princ. per totum.* & apud Donellum *lib. 17. comm. c. 18 § Tertia vis judicii, & c. usque ad finem cap.* Item apud Joh. Emericum à Roßbach *in Processu Judic. tit. 46.* Item apud Cujacium *ad d. t. Decretal. de mut. petit:* ubi *in cap. 2.* † recenset etiam casus, in quibus Reconventio locum non habeat, putà in causâ momentaneæ possessionis. Videatur quoque idem Cujacius *in parat. tit. C. si de moment. appell. sit:* Vel in causâ interdicti unde vi, vel de clandestina excommunicatione, item in excommunicato convento, cui jus reconventionis denegatur, denique in omnibus aliis causis, quæ celeritatem desiderant.

76 Restat † postremo loco, dicere de negligentiâ judicis, & denegatione justitiæ, quomodo ea alium judicem ex incompetenti faciat competentem, & ex foro incompetente competens. Fit hoc, si quis judicem competentem adierit, & sibi ab eo ius reddi, sive, ut vulgò loquimur, justitiam administrari petierit; si verò judex per spatium mensis ius ei reddere neglexerit, vel etiam disertè negaverit ac recusaverit se redditurum: tunc potest Actor superiorem eius judicis adire; quo & ipso negligente vel recusante superiorem ipsius adibit gradatim: donec tandem ad Cameram Imperialem, tanquam supremum tribunal, perveniatur. Videatur in Ordin. Camer. *part. 2. tit. 1. & t. 26.* & apud Mynsinger. *cent. 5. observ. 82.* & Nicol. Boër. *decis. 34. num. 7.* In Novellis, ut etiam in Jure Canonico, ea cura delegatur Episcopis, ut operam dent, ne cui in sua diœcesi ius denegatur, & Episcopi, quasi inspectores judicum constituuntur.

77 Plura † de foro competente memoratu dignissima videri possunt apud Cujacium *in Recit. Decret. lib. 2. tit. 2.* & apud Joh. Emericum à Roßbach *in Proces. judic. tit. 3.*

Digitized by Google

dic.tit.3. ubi etiam exponit, de denegatâ justitiâ, quando dicatur justitia denegata, & quomodo jurisdictio ob denegationem justitiæ amittatur, & ad superiorem devolvatur, *num.64.& 2.seqq.* Dixi etiam nonnihil de foro competente *in differ.utriusque juris lib.5.c.3.& 4.* ubi † de Clericis, an possint renunciare 78
privilegio suo, quod habent, ne coram alio, quàm Ecclesiastico judice conveniantur: qua de re extat *cap.nobile, Si diligenti.12.Extr.de foro comp.* ubi memorabilis est Dn. Cujacij παρρησία, in examinandâ ratione, qua Innocentius utitur, metuens scilicet ne pactum quo clericus renunciat suo privilegio, subiiciens se judici seculari, adversetur ac deroget juri publico. Quam rationem Cujacius ait potiùs esse fucum & colorem, quàm veram rationem. Cui similia scripsit etiam multò antè *ad l.38.jus publicum.ff de pact.* Ita tamen obtinuit, ut hac in re prævaleat jus Pontificium Juri civili, quod est in *l.si quis in conscribendo. C. de episc.& cler.* & in *l.pen. C. de pact.* ubi probatur talis renunciatio à clerico facta. Hic perlegi debent, quæ affert Cujacius *ad Nov.79.& Nov.83* quas coniunctim explicat, De monachis & clericis litigatoribus: de quibus etiam idem Cujacius videatur *ad c.4.& 8. C. de judic.* & Videatur *Auth.clericus. C. de episc. & cler. & ibi Bart.& alii.* Item, *Auth.n si breves. C. de sent. ex peric.recit.* De † studiosorum 79
competente judice, non possum quin ad extremum moneam, agi de illo *in Auth. nobilissima, quæ incipit. Habita. C. ne fil.pro patre:* ad quam etiam Petri Rebuffi, & Bolognini, & Julij Pacij, aliorumque commentarij extant. Illud † etiam be- 80
nè notandum, quòd familia judicis secularis, sive apparitores possint capere clericum noctu deprehensum in prostibulo, vel alio crimine flagrante, & deducere puniendum ad Episcopum: ut docet Maranta *de ord.judic. dist. 8. num.4.* Cui † simile est, quod in Academiis aliquot, ubi nocturnæ solent agi excu- 81
biæ, fieri novimus, nempe quod studiosi in plateis peccare deprehensi à vigilibus in carcerem oppidanum compinguntur; unde postridiè cum primo mane, suo magistratui ac judici competenti, id est, Rectori, traduntur, sine invasione aut deminutione alienæ jurisdictionis.

CAP. XI.

De in jus vocando, & citatione.

Ad Nov.53.96.& 112.

SUMMARIA.

1 *Citatio, & in ius vocatio hodiè ex usu fori non differunt.*
2 *Quid interest inter citationem, in ius vocationem, & vocationem & remissivè.*
3 *Propositio & partitio dicendorum.*
4 *Quanam Citationis sit origo, & ratio?*
5 *Citatio in multo iudicio omitti potest.*
6 *Citatio per statutum aut consuetudinem tolli non potest.*
7 *In quibus casibus omitti possit citatio?*
8 *Definitio Citationis.*
9 *Divisiones Citationis.*
10 *De personis citandis seu subiecto citationis.*
11 *Tres ordines personarum circa hanc materiam, iure veteri.*
12 *Tres ordines personarum, iure Iustinianeo.*
13 *Quæ personæ omninò in ius vocari nequeant?*
14 *Quæ personæ non nisi impetratâ venia in ius vocari possint?*
15 *An & novercæ?*

Digitized

16 *An maritus?*
17 *An dominus feudi.*
18 *Pœna vocantis in ius sine venià eum qui sic vocari non debebat.*
19 *Quod quis non habet in ære, id luat in corpore.*
20 *An impetratio venia adhuc hodiè in quibusdam personis sit necessaria?*
21 *An doctor in pompâ doctorali; an sine venià præceptor a discipulo, & susceptor à susceptoin ius vocari possint? remissivè.*
22 *An si quis per procuratorem litigat, ipse citari debeat, an verò procurator ei us?*
23 *De forma & modo citationis.*
24 *Differentia inter ius Iustinianeum, & ius vetus.*
25 *Quæ forma citationis nostris moribus?*
26 *Citatus ab incompetente iudice an comparére debeat?*
27 *De effectibus citationis.*
28 *An & moram inducat citatio?*
29 *An & litis pendentiam?*
30 *Citationi tenor libelli inserendus.*

---

1 TSi † in jus vocatio propriè loquendo differt à citatione. (Nam *citare* Latinis est palàm vocare voce præconis: ut docet Asconius Pædian. *in 3. Verrina Cic.* & Duarenus *lib. 1. Disput. anniversi. cap. 7.*) tamen hodiè ita obtinuit, ut citationem pro in jus vocatione usurpemus: ut verissimè scripserit Dn. Vulteius *lib. 2. Iurisprud. Romanæ. cap. 28.* Hodiè vocem *citationis* absorpsisse alterum vocabulum *in ius vocationis*. Itaque nulla nobis religio erit, *citationem* cum Doctoribus dicere, quam veteres Jurisconsulti, *in ius vocationem* appellassent. Nihil enim est odiosus in foro, quàm de verbis con-
2 tendere, & λογομαχίας excitare inanes. Interim † quo pacto differant inter se hæc septem: in jus vocatio, citatio, evocatio, condictio, denunciatio, sive detestatio, & prehensio: videatur eruditissimè explicans Giphanius noster, *in tractatu de Ordine Iudiciorum*. Sed † omissis vocabulis de re videamus, & qui-
3 dem ordine per hæc sex capita eundo: 1. de origine & causa citationis. 2. de eiusdem definitione. 3. de divisione, seu quotuplex sit citatio. 4. de personis, quæ in jus vocari possint, vel non possint, vel certâ lege observatâ vocari debeãt, eiusque legis neglectæ pœna. 5. de modo & formâ in jus vocationis seu citationis. 6. & ultimò de eiusdem vi & effectu.

4 Ad † originem & rationem quod attinet: fuit hac de re etiam lex in XII. Tabb. ut videre est apud Franciscum Balduinum *ad LL. XII. Tabb. cap. 41. pag. 210.* & Theodor. Marcilium *cap. 1. & aliquot seqq.* de quo aliàs plura videbimus. Ratione autem planè naturali subnixa est in jus vocatio: ne quis scilicet inauditus & indictâ causâ cõdemnetur, vel præjudicio aliquo gravetur: unde apud Corn. Tacitum inauditi atque indefensi propemodùm tanquam innocentes perire dicuntur. Quò pertinet, quòd citatio dicitur esse species defensionis & juris naturalis. *cap. pastoralis. Extr. de sentent. & re judic. Gloss. in Clement. sæpè, in verbo:*
5 *citatio. de V. S. Marant. part. 4. distinct. 16. num. 10.* Hinc † fit, quòd in nullo judicio, ne quidem Papæ, vel Imperatoris citatio omitti possit, sine vitio. *cap. 1. & ibi Doctores. Extr. de causa possessionis & proprietatis. Clement. pastoralis, de Iudiciis. & latè Sebastianus Vantius in tractatu de nullitatibus. sub rubricâ, de nullitate ex*
6 *defectu citationis.* Hinc † quoque fit, quod citatio, nec per statutum, nec per consuetudinem tolli potest: ut docet Bartolus *in l. omnes populi ff. de Iust. & Iur. & in l. de quibus. ff. de LL.* vide & Schurffium *cons. 38. cent. 1. & cons. 9 num. 1. cent. 2.*

Hùc

Digitized by Google

Hûc † etiam pertinet quæstio:an aliquibus casibus omitti possit citatio:an 7
etiam necessaria sit in notoriis:qua de re vide Marantam *sub tit.de citatione.numer.5.cum multis seqq.*ubi recitat unum & triginta casus,quibus citatio non requiratur.

Definitur † citatio,quod sit vocatio Rei ad Judicem, juris experiundi causâ.*l.1.ff.de in jus vocando.*vel pleniùs: quòd sit,actus judicialis, quo is quem judicio sisti opus est, mandato judicis in jus vocatur, juris experiundi gratiâ. Ita post alios Joh.Emericus à Rosbach *in tit. 22. num. 2.in processu judiciario.* Juris experiundi causâ, idem est, quod litis & actionis in judicio exercendæ causâ. Aliquando tamen citatio fit,non ob judicium,sed ob aliam causam: ut *l.1.§.1.ff. de ventre inspiciendo.*quod notavit Dn. Giphanius. 8

Dividitur † citatio à Doctoribus in realem seu personalem, & verbalem. 9
Realis ab ipsis vocatur,quæ Latinis est *prehensio*,& vulgò *captura*: quâ persona alicujus capitur & prehenditur,& in carcerem vel custodiam abducitur. vide Marantam *part.6.membro 1.n.36.& seqq.*sic etiam realis citationis speciem quandam faciunt *Arrestationem bonorum.* de qua *proprio cap. 28.* tractat Rosbachius, *in processu judiciario.*Verbalem subdividunt in eam,quæ fit vivâ voce;seu,ut loquuntur,in faciem,vel etiam ad domum: & eam, quæ fit literis sive inscriptis: Idque vel simpliciter vel peremptoriè:quod si scriptum publicè affigatur, tam vocant citationem per edictũ factam, seu Edictalem: quas species Rosbachius proponit *d.tit.22.num.3.*& deinceps ordine explicat *quinque titulis seqq.* qui omnes has species(exceptâ illâ quæ fit per edictum)facit citationis privatæ: cui opponitur publica,quæ fit per campanam, vel tubam, vel clamorem. Giphanius has species alienas esse putat à Jure Civili Justinianeo: quo in jus vocatio sit duplex:una sine veniæ petitione,altera cum eâ: Item, aliâ divisione, una sit vetus,alia nova. Veterem in jus vocationem ait fuisse posteriorem editione actionis & instrumentorum litis:novam conjungi cum ipsa editione. Item, veterem in jus vocationem, solere interdum fieri, vi adhibitâ, ut scilicet, repugnans & tergiversari volens reus obtorto collo traheretur: (de quo ritu vide Wesembeccium *in parat.ad tit.de in jus voc.)* quod tamen jure novissimo sublatum est.*Nov.53.* Rursum aliâ divisione,citatio aut generalis est, aut specialis, ut docet Lanfrancus *in Praxi, tit.de citatione num.15.* hic observandum hodiè in Judicio Cameræ Imperialis fieri citationes initio ad totam causam seu litem,& ad singulos eius actus:teste Mynsingero *cent.4.obs.33.*& Andr.Gailio *lib.1.obs.51. n.10.& seqq.& observ.109.n.3.*

Sequitur † locus de personis:ubi,omisso jure veteri, quo † tres erant or- 10
dines personarum,dùm,scilicet,quidam in jus vocantem sequebantur:alii ter- 11
giversantes,vel,ut veteres loquebantur,pedem struentes,ut est *in l.si calvitur.ff. de V.S* ducebantur,vel trahebantur,manu collo injectâ:alij denique nec sequi, nec duci poterant:de quo jure alibi latiùs dicam *ad ll. XII. Tabb.* Videamus de jure Justinianeo: † quo etiam tres sunt ordines. Alij namque vocati ire de- 12
bent:alij non debent vel cogantur, sive omninò non possunt vocari: alij deniq; non nisi permissu,& veniâ prætoris possunt vocari. Si autem de secundi & tertij gene-

tij generis personis exposuerimus, simul etiam intelligetur de primo, qui scilicet vocati ire cogantur. *arg. l. 1. in pr. ff. de his qui sunt sui. & argum l. 12. cum prætor. ff. de judic. & l. 12. hos accusare. ff. de accusation.*

13 Quæ † autem omnino in jus vocari nequeunt personæ, hæ sunt: Primùm Magistratus P. R. sed major tantùm, id est, is, qui imperium habet. *l. 2. in pr. ff. de in jus voc.* sed hodiè, quia magistratus ferè sunt perpetui, jus illud non amplius obtinet, sed possunt etiam magistratus majores in jus vocari, qua de re admonet Giphanius *in ordine jud.* & videatur Ludov. Gilhausen *in arbore judiciariâ, cap. 4 ramo 1. de citatione.* Secundò in jus vocari nequeunt, sacerdotes, eo tempore, quo sacris operantur. *d. l. 2. in pr. ff. de in jus voc.* Tertiò in jus vocari nequit is, qui propter loci religionem inde se movere nō potest. *ead. l. 2.* Huc pertinet etiā *l. neque. in fin. ff. de fideicomm. libertat. & l. pen ff. de vacatione munerum.* Item quod ait Seneca. *in lib. de tranquillitate vitæ. cap. 10.* quosdam exilia uno loco continent, quosdam sacerdotia: unde satis intelligitur fuisse apud Romanos, etiam dum adhuc erant pagani, sacerdotia quædam certo loco conclusa, unde recedere nō liceret, sine violatione religionis. Hodiè, quænam sint observanda singularia in sacerdotibus & cleticis, in jus vocandis, explicatum est à Cujacio *ad Nov. 79. & 83.* Dixi etiam non nihil supra *in parte primâ* ubi de Jure & personis sacris. vide etiam *Nov. 5.* Quartò in jus vocari non potest is, qui equo publico in causâ publicâ utitur, sive transvehitur. *d. l. 2. ff. de in jus vocando* & videatur eâ de re Hotomannus *lib. 3. obs. c. 21.* Item Jacobus Rævardus *lib. 2. var. cap. 15.* item Cujacius *lib. 13. obs. 29.* Quintò, in jus vocari nequit is, qui uxorem ducit; vel ea quæ nubit: nempe ipso tempore solennis deductionis sive pompæ nuptialis. Sextò Judex, eo tempore, quo causæ cognitioni dat operam. Septimò, patronis sive advocatus dum causam agit. Octavò, is qui funus ducit, vel qui mortuo justa facit. *d. l. 2.* Quod tamen moribus nostris de tempore justorum faciendorum, quod olim erat novem dierum, ut est *in Nov. 115.* non amplius observatur. Nonò; is, qui funus comitatur & prosequitur. *l. 3. de in jus vocando. l. 36. interdum. ff. de judic.* Decimò: is, qui cogitur certo loco sisti litigandi causa. *l. 4. ff. de in jus vocando.* Undecimò, furiosus. Duodecimò, Infans. Decimotertiò, puella impubes, quæ alieno juri subjecta est. *l. 22. ff. de in jus vocando.* Rationes de singulis harum personarum indicare, nimis longum esset; ac supervacuum: cùm sint satis evidentes & naturali ratione subnixæ: in aliis videlicet favor religionis, in aliis reverentia magistratus, in aliis commiseratio luctus, in aliis furoris, vel ætatis.

14 Sequitur † ut videmus de iis personis, quæ non nisi impetratâ veniâ in jus vocari possunt: quales sunt: 1. parentes utriusque sexus: neque solùm parentes naturales & legitimi, sive justi; sed etiam injusti, qui vulgò naturales tantùm: Imò etiam parentes adoptivi. *l. 4. §. 1. l. 5. 6. 7. & 8. ff. de in jus voc.* Nec interest utrùm liberi sint in potestate, an emancipati. *l. 3. C. de in jus voc.* Nam & parentibus, quorum in potestate non sumus, tamen reverentia debetur: quæ est juris naturalis. Reverentia verò causa est, cur, veniæ petitione præmissâ, in jus vocatio fieri debeat. Sed inter liberos adoptivos & naturales aliqua est differentia.

Nam

Digitized by Google

Nam filius adoptivus patrem tantùm adoptivum prohibetur in jus vocare sine veniâ; parentes verò eius, non prohibetur. Cujus ratio est, quia adoptivus illis tantum fit cognatus, quibus & agnatus *d.l.7.ff.de in ius voc. & l.23.qui in adoptionem.ff.de adoptionibus.* Sed † de novercâ quæstionis est, an impunè sinè veniâ 15
in jus vocetur? Diversæ sunt hac de re opiniones, aliis negantibus, aliis ajentibus, ut videre est apud Soaresium *in Thesauro recept.sentent.lit. N. nu.69.* Verior videtur sententia negativa *arg.l.13 generaliter ff.de in ius voc.* Quæritur † item 16
an uxor maritum sine venia in jus vocare possit? quod similiter videtur negandum propter reverentiam maritalem. *l.14.alia caus.in fin.ff.solut.matrimon.* Vide Cujacium *lib.10.obs.c.10.* Sic † quæritur de vasallo, an possit Seniorem suum 17
sine venia in jus vocare? Qua de re dixi *in partitt.Feudalibus.* & vide Mynsingerum *cent.4.observ.92.* Item Hart.Hartmanni *tit.54.in Practic.observat.* & Andr. Gailium *lib.de pignorationibus c.15.n.4.* & Dn. Vultejum *in tractatu Feudali.* Item Schraderum, Zasium, & alios. Summa est, non habere locum in personâ Vasalli & Senioris, ea quæ constituta sunt, de libertis & patronis. Etsi enim vasallus seniori suo honorem debet & reverentiam; sicut & libertus patrono: tamen multò plura debet libertus patrono, quàm vasallus Seniori: cùm longè plura & majora sint beneficia patroni, quæ in libertum contulit, illis, quæ Senior in vasallum. De patrono autem in jus non vocando sine veniâ, videantur hæ ll. *l.4. l.8.§.patronum, cum 7.ll.seqq.ff.de in jus vocando. & l.1.C.eodem.t. Item l.23. & l.25.ff. d.t.* Quarum legum hodiè exiguus est usus, quia servis & libertis non ampliùs utimur.

Si † quis autem in jus vocârit sine veniâ, quem non debebat, in eum datur 18
actio pœnalis quinquaginta aureorum: ut est *in l.pen. & ult.ff.de in jus voc. & in §. pœnales. Instit.de Actionibus.* Item *in §.ult. Inst.de pœna temerè litig.* Et notandum est, † si quis propter inopiam non possit hanc pœnam subire, eum quod deest 19
in ære, luere in corpore *d.l.ult.* quod aliàs quoque fit. *l.1.§.ult.ff.de pœnis. l.9.in fine ff.de incend.ruin.naufrag. & l.4.C.de servis fugitivis.* Idemque est apud Güntherum *in libris de rebus gestis Friderici I.*

Sed † quæritur an, quia hodiè non ampliùs potest quis obtorto collo in 20
jus trahi, ut olim, abrogato prisco more per *Nov.53.* ut & supra dixi: an, inquâ, cesset propterea & sublata sit etiam illa edicti prætorii pars, de impetratione veniæ, in quibusdam personis necessaria? Videtur quidem ita dicendum Dn. Cujacio *d.lib.10.observ.cap.10.* Sed Giphanius hanc sententiam improbat: quia scilicet non sola causa Edicti & pœnalis actionis fuisse videtur in illo violento tractu & ignominioso, sed etiam in aliis circumstantiis: quæ æstimationi & arbitrio prætoris relinqui debent, an controversia inter tales personas aliter quàm judicio componi possint. Ubicunque autem plures sunt causæ alicujus juris, non sufficit unam cessare, aut sublatam esse: ad hoc, ut jus ipsum cesset, vel sublatum sit: sed oportet eas causas omnes cessare.

Omitto † hic alias quæstiones, quæ à Dd. moventur, verbi gratia, an liceat 21
Doctorem in pompâ seu processione Doctorali in jus vocare? quod rectè negat Zasius *ad l.2.ff.de in jus voc.* argumento eo, quia neque funus ducens, neque

nuptias celebrans,& ſimiles,de quibus ſupra,eo tempore in jus vocari poſſint. Nam illa vocatio, ſatis intempeſtiva, & ignominioſa foret. Sic quærunt, an præceptor à diſcipulo ſuo poſſit in jus vocari ſine venia? Item an ſuſceptor, quem *Patrinum* vocant,& *patrem ſpiritualem*, poſſit in jus vocari,ab eo, quem olim ex baptiſmo ſuſcepit:de quo vide Tiraquell. *ad l.ſi unquam.in verbo: ſuſcepti liberos C.de revoc.don.n.28* Plures quæſtiones videre licet apud Angelum,Jaſonem, Zaſium,& alios,*ad d.§.pœnales Inſtit.de Actionibus.*

22 Quæritur † etiam, ſi quis per procuratorem litiget, debeátne vocari ipſe principalis,an procurator? qua de re vide Mynſingerum *cent.2.obſ.39.* Putant autem Doctores poſt litis cõteſtationem,quia jam dominus litis factus ſit procurator,ipſum citari debere,non autem dominum:ut docet Bartolus *ad l.procuratoribus.C.de procurator.& ad l.mutari.ff.eod.t.* Item Panormitanus *ad cap. pen. extra de teſtibus.* Giphanius putat,judici hoc eſſe permittendum, ut ſi velit, etiam Dominum citare poſſit, *arg.l.69.Paulus reſpondit.ff.de procurat.* ubi licet Domino ipſi adeſſe cauſæ,etiam poſt litem à procuratore conteſtatam.

23 Proximum † nunc eſt,videre de modo & formâ in jus vocationis vel citationis Et ut nihil nunc dicam de veteri formâ in jus vocationis,Imperatori Juſtiniano alius eſt introductus modus *in Nov.53.96.& 112.* nempe talis:ut primùm actor petitionem,ſive libellum apud acta deponat:deinde executor ſeu apparitor eum libellum adferat reo,eumque in jus vocet: reus ſimul atque libellum accepit,ſubſcribat ei,vel à tergo ſuper ſcribat, nempe ſe illo & illo die eum accepiſſe: promittat quoque judicio ſiſti, dato fidejuſſore, niſi forte ſtatim comparere velit:denique ſportulam præſtet executori pro citatione, ut loquimur inſinuata Promittit etiam eo jure actor ipſi executori,vel apparitori,verùm tamen ſine fidejuſſore; ſe litem conteſtaturum intra duos menſes ſub pœna dupli,ob damnum ſportularum.Hæc,inquam,ferè eſt forma & hic modus ex Imp. Juſtiniano,ſi citatio fiat per judicem. Si per principem fiat, cui actor libellum ſupplicem obtulerit:princeps eundem libellum mittit judici, per quem poſteà in noticiam rei citandi pervenit.Peracta ad hunc modum vocatione, conceditur reo citatio ſpatium viginti dierum,ad deliberandum ſcilicet, utrum malit litigare,an transigere. Item ſi forte judicem ſibi recuſandum putet, ut intereà temporis recuſationem reponat. Apparet hîc magna differentia juris illius no-
24 viſſimi ab antiquo: Nam † olim & privatâ auctoritate poterat actor reum in jus vocare,ſed novo Jure facultas citandi à judice vel principe impetrari debet. Deinde olim aut ſtatim oportebat vocantem ſequi, aut vadimonio ſe obſtringere,ſive ſatisdare,judicio ſiſti. Jure autem novo ſpatium, ut dixi, viginti dierum conceditur, quod ante *Nov.53.* erat decem dierum. Taceo nunc alias differentias.

25 De † moribus noſtris ſi quæratur,qualis ſit forma citationis, conſulendus eſt Andr.Gailius *lib.1.obſerv.48.cum aliquot ſeqq.* Item Mynſingerus *c.1.obſ.77.& 2.ſeqq.* item *cent.2.obſ 18 & 69.* & Joh Emericus à Rosbach, *in proceſſu judiciario, t.22.* denique Ludov.Gülhauſen.*in arbore judiciaria.c.4.ramo 1.num.10. & pluribus ſeqq.* ubi requiſita,ut vocant,citationis,ordine explicantur; In quibus cum nulla

nulla sit difficultas, non immorabimur. Illud tantum observetur, si quid fortè neglectum sit in formâ citationis, eam per hoc vitiosam reddi, ut citatum non adstringat necessitate comparendi.

Sed † quæritur, quid si in formâ quidem citationis nullum sit vitium, præ- 26
quam quod ab incompetente judice facta sit, quomodo citatus sese gerere debeat? Comparendúmne sit coram tali judice, annon? Tutius autem esse putant, honoris ergò comparere, cum protestatione *de non intromittendo se, nisi quatenus & in quantum de jure necesse sit*; & cum allegatione exceptionis incompetentiæ. Hæc de forma citationis sufficere possunt, tàm veteri, quàm ex Novellarum, quàm ex moribus.

Transeamus † ad effectus, quos habet citatio, quod erat sextum & ultimũ 27
caput ex iis, quæ initio proposui. Primum igitur, facit citatio, ut res fiat litigiosa *Nov. 112. c. 1. & Auth. inde sumta, sub t. C. de litig.* Secundò constituit possessorem rei hereditariæ in malâ fide. *l. sed & si. 25. §. si ante. ff. de petit. heredit.* Tertiò interrumpit præscriptionem longissimi temporis. *l. 3. & l. 7. in pr. & § Imò C. de præscript. 30. vel 40. ann.* aliquando etiam præscriptionem longi temporis. *l. 3. in fine. C. de annali except.* Quartò inducit jus præventionis, & adimit citato jus revocandi domum *l. 7. ff. de judic. & cap. 19. proposuisti. extr. de foro competent.* Quintò Citatio perpetuat jurisdictionem. *cap gratum extr. de officio delegati.* Sextò 28
† Citatio sive in jus vocatio etiam inducit moram: qui tamen effectus est controversus. Nam Bartolus *ad l. denunciasse. ff. ad L. Iul. de adulter. negat.* Contrà Phil. Decius & alii adfirmant: quorum sententiam probat etiam Giphanius noster: quia scilicet omnis justa interpellatio inducat moram. *l. 32. ff. de usuris.* Negari autem non potest in jus vocationem esse quãdam interpellationis speciem. Septimò † Citatio introducit, vel efficit litis pendentiam, sive ut lis 29
pendere dicatur, cujus rei magnus est effectus: ut exponitur *in tit. ut lite pendẽte nihil innovetur, lib. 2. Decretal.* item *in t. C. lib. 1. ut lite pendente vel post provocationem nulli liceat Imperatori supplicare.* quam constitutionem valdè commendat Dn. Giphanius; contra malos mores nostræ ætatis, qua receptum est, ut sæpissimè libelli supplices & rescripta ad eos fiant cum gravissimâ judiciorum remorâ. Alii tamen nonnulli litis pendentiam non citationi, sed litis contestationi adscribendam putant. Vide Mynsing. *cent. 4. obser. 26.* Plura de citationis vi & effectu videantur apud Auctores supra allegatos, & inprimis Rosbach & Lud. Gülhausen, qui etiam in specie *de effectibus citationis edictalis annotat n. 43.*

Illud † non debui prætermittere, ubi de formâ citationis agebamus, con- 30
sultissimum esse, ut ipsemet citationi inseratur unà tenor libelli sive actionis, ad quam quis in jus vocatur: cujus rei utilitates exponit idem Gilhausen. *nu. 20.*

CAP. XII.

De Libelli oblatione.

Ad Nov. 53. & Auth. offeratur. C. de litis conteſtatione.

SUMMARIA.

1 *Libellorum genera varia, in jure.*
2 *Propoſitio. & num. 4.*
3 *Inſtrumentorum initio litis editio hodiè magno Reipublicæ malo obſolevit.*
5 *De formâ libelli ſive, quomodo libellus ſit concipiendus.*
6 *Libellorum genera duo: ſummarius alius, articulatus.*
7 *Libellus articulatus ab aliis probatus, ab aliis improbatus. & num. 9.*
8 *De quæſtionibus, & formandi libelli ratione ſpecialis, remiſſivè.*
9 *Differentia inter jus civile & ſaxonicum, circa libellum.*
10 *Conſuetudo fori & loci cujuſque hac in re ſpectanda eſt.*
11 *De mutatione & emendatione libelli.*
12 *De cumulatione actionum.*

1 INitiò admonendum eſt, † varia in jure noſtro eſſe libellorum genera, verbi gratia eſt libellus, qui appellatur *dimiſſorius*: vulgò *Apoſtolos* vocant: de quibus infra *parte ſeq.* cum de appellationibus dicetur. Sic, eſt libellus *recuſationis*: quo quis recuſat iudicem ſuſpectum: de qua recuſatione dixi ſupra, quando & quibus ex cauſis fieri poſſit. Eadem q; attingitur *in d. Auth. offeratur.* Sic eſt libellus *divortii* ſeu *repudii*: qui pertinet ad tractatum de ſolvendo matrimonio: quem ſupra abſolvimus *parte quartâ.* Sic eſt libellus *accuſatorius*, qui & libellus *inſcriptionis* dicitur; quia ſcilicet accuſator in crimen ſe ſubſcribere cogitur: quæ de re ſupra *ſub parte de publicis Iudiciis.* Sic eſt libellus *conventionis*, qui & *conventionalis*: de quo propriè hoc loco agendum eſt: & huc pertinet *titulus Decretalium, de libelli oblatione.* Item *§. tripli. Inſt. de Action.* ubi etiam *libellus conventionis* dicitur. Eſt etiam libellus *reſponſionis* quē
2 Græci vocant ἀντιγράφιον ut rectè notat Cujacius *ad Nov. 53.* Omiſſis † autem cæteris videamus de libello conventionis in cauſis civilibus, qui etiam libellus *admonitionis* interdum vocatur, Item *petitionis* ſive *poſtulationis*, quam Græci vocant αἴτησιν. De hoc libello communiter explicant Dd. *ad l. 3. ed: 11a. C. de edendo.* Nam edi propriè dicitur libellus ſive actio. Neque ſolùm actio ipſa jure noſtro edenda eſt reo, initio litis: verùm etiam inſtrumenta, quibus actor
3 in futurâ lite cogitat uti: quæ † poſterior editionis ſpecies, hodiè magno Reipub. malo obſolevit: de quo conqueritur Dn. Giphanius *in tract. de ordine judiciario, ſub t. de edendo, & ad d. l. 3. C. de edendo.* Hodiè enim inſtrumentorum editio reſervatur poſt litis conteſtationem: & fit judici; non, ut olim, actori: de
4 quo latius Giphanius. Sed † de libello videndum eſt primùm, quomodo concipiendus ſit, ſive quæ eius forma eſſe debeat. Secundò an emendari & mutari, & quando, & quamdiu poſſit. Tertiò an cumulatio actionum rectè fiat, ſive plurium actionum coacervatio in eundem libellum. De his tribus breviter dicam.

5 Ad † primum quod attinet, longè aliter jure Juſtinianeo, & aliter moribus noſtris

Digitized by Google

noſtris formantur libelli, ſive concipiuntur. Nam quod ad jus noſtrum attinet, breviſſimæ ſunt actionum formulæ pro diverſitate actionum vel in rem; vel in perſonam concipiendæ, ut explicatur *ad §. ſic itaq;. Inſt. de Actionibus.* ubi inprimis Hotomannus & poſt eum Giphanius videri poſſunt. Moribus noſtris ex doctrina interpretum Juris, ferè eſt receptum, ut libellus ſit quaſi quidam ſyllogiſmus, continés videlicet majorem propoſitionem ex Jure depromtam: eíque ſubjectam facti narrationem: cui denique ſubiiciatur concluſio: ad quam potiſſimum dicunt attendendum eſſe: adeò ut etiam alioquin ineptus libellus, dum modò aptam habeat concluſionem, debeat ſuſtineri. Poſt concluſionem denique etiam ſalutares quædam clauſulæ adiiciuntur, de quarum utilitate & effectu noviſſimè ſcripſit Ludov. Gilhauſ. *in arb. Iudic. cap. 3. num 35.* Sicut de clauſulis libellorum, quæ in exordio proponi ſolent, *ibidem*, agit *numer. præced.* Atque hæc communia ſunt libelli ſimplicis, ſive ſummarii, & articulati. Conſtituunt † enim Doctores, & conſuetudo recepit atque approbavit, duo iſta 6
libellorum genera ſummarium, ſive ſimplicem, & articulatum, id eſt, in certa membra & per numeros diſtinctum: de † quo genere video non omnium eſſe idem judicium, aliis probantibus, aliis improbantibus. 7
Probat articulorum uſum Johan. Oldendorpius *in Claſſ. Act.* tanquam ſalutarem expediendis litibus: contra improbat & vituperat eundem Nicol. Vigelius *in præfat. lib. 4. Methodi Iuris Civilis*: putat enim per articulos fieri, ut ſæpè pro uno ac ſimplici ſtatu cauſæ conſtituantur decem aut viginti, proindeque etiam multiplicentur probationes, & lites implicentur potiùs: quàm expediantur: dum ſcilicet judex multitudine articulorum perturbatus atque perplexus, ſtatum cauſę principalem ferè ex oculis & animo dimittat. Neque nihil dicere Vigelius etiam Giphanio noſtro videtur. Sed difficile eſt brachia contra torrentem, ut dicitur, jactare, & conſuetudini reſiſtere forenſi, quæ articulorum uſum jam à multis ſeculis recepit. Hæc in genere de libellorum conceptione admoniſſe ſufficiat. Omitto † & quæſtiones, quæ circa hanc rem moveri ſolent: & ſpecialem for- 8
mandi libellos rationem, quæ ex Speculatore & ex aliis Pragmaticis peti debet, & utilem in hac re operam navavit ſupra laudatus Gilhauſen; iis præſertim, qui, ut ipſe vocat, novi ſunt Practicantes, quibus exempla elegantia libellorum in variis actionibus propoſuit, & in toto ſuo opere, centum & quatuordecim libellandi formulas exhibuit: quibus etiam adjungi poteſt Joh. Schneidewinus *in t. de Actionibus.* & Rosbachius *tit. 33. in proceſſu judiciario*: ut alios nunc prætermittam, qui extant longè plurimi.

Illa † non eſt omittenda differentia Juris Saxonici à Jure Civili, quod Jure 9
Saxonico libellus articulatus non admittitur, ſed à judice ex officio reiiciendus eſt: qua de re videatur conſtitutio Electoralis Auguſti, *parte 1. tit. 2.* & Daniel Möllerus *in ſuâ Expoſitione* Eſt & hæc differentia notabilis, quòd cùm jure civili ſcriptura ſit de ſubſtantia, ut loquuntur, libelli: ſecus eſt Jure ſaxonico. Nam in Jure Saxonico libellus ferè vivâ voce dictatur à procuratore, & à Notario iudicii excipitur: quod etiam Elector Auguſtus diſertè conſtituit, *parte 1. tit. 1.* (Sed hæc ratio eſt valdè incommoda: quia non poteſt facilè paucis horis

10 absolvi dictando: & ita fiunt majores sumtus ab advocatis, &c.) Sed † hac in re cujusque fori & loci consuetudo meritò servatur: sicut etiam in eo, ut citatio vel præcedat libellum, vel libellus citationem, vel denique libellus conjunctim cum citatione mittatur: ut monet Bartolus *ad dictam Auth. offeratur. C. de litis contestatione.*

11 Secundò † ad libelli mutationem & emendationem quod attinet, de ea copiosè tractatur à Dd. & antiquis, & recentioribus, *ad l. edita actio 3. C. de edendo.* ubi & Giphanius & Donellus videri possunt. Regulariter autem emendatio libelli post litis contestationem fieri non potest: ante eam fieri potest Jure Saxonico tàm diu potest emendari libellus, quàmdiu non est prastita guaranda, quã vocant (Giverschafft) ut videre licet *in* Landtrecht *lib. 1. artic. 63. & lib. 3. artic. 14.* Unde in eo foro traditur cautela pro Advocatis: ut ab adversâ parte maturè exigant guarandam: quoties animadvertunt libellum ineptè vel minùs congruè conceptum esse. Nam præstitâ guarandâ, non amplius integrum est actori, libellum mutare vel emendare. Plura de emendatione & mutatione videantur novissimè tradita per Ludov. Gilhausen *d. c. 3. num. 21. & aliquot seqq. usq; ad 30.*

12 Postremum † erat membrum, de cumulatione actionum. De hac vide in primis Zasium *ad §. si minus. Inst. de Actionibus.* & multis locis Mynsingerum & Gailium *in suis observationibus.* Sed hic diligenter notandum; eius mod: cumulationem actionum Jure nostro planè ignotam esse. Aliud enim est concursus plurium actionum, ex quibus una, quæ cæteris videtur magis convenire eligatur & in judicium deducatur: aliud est plurium actionum diversarum in eundem libellum coacervatio, & in judicium deductio. Ille Jurisconsultis veteribus non ignotus fuit: imò de his ex professo olim scripsit Paulus librum *de concurrentibus actionibus:* & cum explicarem *legem contractus de R. I.* curæ mihi fuit, ut concursum actionum diligenter ostenderem in unoquoque negotio. Relinquamus igitur Interpretibus cumulationem actionum: cui non immeritò opponemus Paulinobilem hanc sententiam *in l. 6. ff. de except. rei judic.* singulis controversiis, singulas actiones sufficere: ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem. Et sanè eventus ipse huic velut oraculo Jurisconsulti respondit. Nam cùm aliæ sint causæ non paucæ, quæ faciant lites ferè immortales: tùm inter has non est postrema ista actionum cumulatio: quod deplorat etiam prudentissimus Giphanius; docetque omnes illas leges, quæ pro cumulandis actionibus & coacervandis vulgò adducuntur, impertinenter allegari: multas verò controversas quæstiones ex eodem vitio natas esse, de quibus passim disputant Mynsing. & Gail. in suis observationibus. Atque hæc de libelli oblatione pro nostro instituto nunc sufficiant.

CAP.

CAP. XIII.

De Satisdationibus, seu Cautionibus, maximè Actoris.

Ad Nov. 53. 96. 112. Cum Auth. generaliter. C. de episcop. & clericis, & Auth. libellum C. de litis contestatione. Obiter etiam de cautionibus, quas præstare tenetur reus. Item de cautione procuratoris, &c.

SUMMARIA.

1 *Cautiones variæ & multiplices in iure.*
2 *Cautionum introductarum ratio.*
3 *Cautionum species tres: satisdatio, iuratoria cautio & nuda promissio.*
4 *De cautione Actoris, tam hodiernâ quàm antiquâ.*
5 *De cautione Rei, & secundum ius Iustinianeum, & secundùm mores nostros.*
6 *De cautione Saxonicâ, quam guarandam vocant.*
7 *De formulis circa cautiones usitatis, remissivis.*
8 *Cautio de non offendendo.*
9 *De cautione à procuratoribus præstandâ, tùm olim, tùm hodiè.*
10 *De cautionibus plura, remissivè.*

CAutiones † in Jure sunt variæ & multiplices: sed de omnibus hîc 1
agere velle, intempestivum foret, ac nimis longum: verbi gratia, de cautione, quam præstat heres legatariis & fideicommissariis: de quibus agitur *t. ut legat. servandorum causa cav.* Item de cautione, quam præstat usufructuarius: de qua agitur *tit. ff. usufruct. quemadm. cav.* ut de cautione damni infecti: de qua *tit. ff. de damno infecto*: & hujusmodi aliæ: quibus omissis in præsentia tantum videbimus de judicialibus occasione *Novv. & Auth. modò dictarum.*

In genere † autem initiò admonendum est, de fine, utilitate, ac necessitate 2
satisdationum, sive cautionum judicialium: eas scilicet ad hoc esse inventas & introductas, tùm ut securum præstent adversarium: tùm ne fortè judicia fiant elusoria, frustratoria, & inania. Deinde † & hoc in genere præmittendum, 3
cautiones aliquando fieri datis fidejussoribus; quæ propriè *satisdationes* vocantur; iteráque *cautiones idoneæ*, ut traditur *ad rubr. ff. qui satisdare coguntur & ad t. Inst. de satisdationibus, lib. 4.* Secundò cautiones aliquando fiunt præstito jurejurando, quæ appellantur *juratoriæ cautiones*: verbi gratia, si vel dignitas personæ id postulet, vel necessitas ipsa exigat; puta quod quis non reperiat fidejussorem, nec pignoribus cavere possit. Tertium genus est, in cautionibus illis, quæ fiunt nuda & simplici promissione. De his tribus cautionum generibus plura videri possint apud Rosbach & alios ab ipso allegatos *in processu iudiciario t. 48. n. 10. & quatuor seq.*

His præmissis, nunc seorsim & distinctè videamus de cautionibus 1. Actoris, 2. Rei 3. Procuratoris. De Actoribus † ita jus est: primum ut actor debeat 4
promittere reo, coram judice, dato fidejussore, se ad finem usque litis judicium prosequi velle: & si convictus fuerit, calumniosè vel injustè movisse litem, tum

decimam

Digitized by Google

decimam partem litis reo præstiturum. *Nov.112. cap.2.* per quam N. Imperator quodammodò revocavit in usum, veterem pœnam temerè litigantium. de qua agitur *in §. hæc autem. Instit. de pœnâ temer. litig.* Moribus tamen nostris hæc cautio non est usitata, sed in ejus locum venit alia, de sumtibus litis quos promittit & cavet actor, se præstiturum Reo, si succumbat, sive, ut loquuntur, in casum succmbentiæ. De hac Dd. tractant *ad Auth. generaliter. C. de episc. & cler.* De ea quoque videndus est Chilianus König *in Pract. cap. 46.* ubi ait, hanc cautionem in totâ ferè Saxoniâ usitatam esse. Secundò actor promittit, sed sine fidejussore, de litè à se contestandâ intra duos menses post in jus vocationem sive citationem. Alioquin si tardiùs litem contestetur, duplum damni Reo se præstiturum. *Nov. 96.* sed moribus nostris hæc quoque species cautionis non ampliùs est recepta: quam benè, nihil attinet dicere: & meliùs fortasse usu retenta fuisset, aut in usum revocaretur, ad expediendas tantò citiùs lites, quæ magno Reipubl. incommodo & privatorum pernicie nimiùm hodiè protelantur. Tertiò actor cavet se judicio adfuturum, & litem peracturum ex animi sui sententiâ, adjectâ quoque certâ quantitate, loco pœnæ, ni faciat. *Nov. 53. in pr.* Hæc tamen species cautionis est quasi irregularis & extraordinaria. Non enim præstatur, nisi in illis litibus, in quibus extra ordinem rescripto principis, vel à præfecto prætorio evocatur utraque pars in urbem, vel ex urbe in provinciam, vel ex unâ provinciâ in aliam. Hac quoque specie cautionis hodiè non ampliùs utimur. Et moribus nostris in plerisque locis actor tantùm hanc cautionem præstare cogitur, se damna & sumtus litis, si causâ cadat reo restituturum: ut paulò antè quoq; hanc speciem satisdationis hodiè usitatæ, attigi. Eta tantum quidem de cautionibus Actorum.

§ Sequitur † de iis, quas præstant Rei. Hîc quoque triplex observetur cautio: una est, judicio sisti: quæ cautio satis est vetus, & fit datis fidejussoribus. *t. t. ff. in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* junctis *titulo qui satisdare cog. & 3. seqq.* Secundò cavet reus, dato fideiussore, se in judicio affuturum tempore sententiæ ferendæ: vel si non adfuerit, omnia præstiturum actori, quæ in sententia fuerint comprehensa & sibi injuncta: de qua specie est *in §. alia. Instit. de satisd.* Verùm & hac hodiè non utimur: fortassè, quia prioris quodammodò pars est, videlicet, judicio sisti. Nam qui hoc promisit vel cavit, is etiam videtur caviſſe, quod judicio affuturus sit, etiam tempore ferendæ sententiæ: quandoquidem ad eam omnia quæ in judicio aguntur, tanquam ad scopum contendunt. Tertia cautio, quam præstat reus, est, judicatum solvi, quæ hodiè est usitatissima: de qua videatur *tit. ff. judic. solv. & ibi Wesemb. & alii.* Atque hæc hacteus, de ipsorum litigatorum seu principalium, ut Pragmatici vocant, cautionibus. Ubi

† & hoc notandum, Jure Saxonico usitatam esse speciem quandam cautionis, quam vocant guarandam, quam Reus ab actore petit, & actor præstare cogitur, adeò, ut eâ nondum præstitâ, reus ipsi respondere non cogatur. De hac vide novissimè Ludov. Gilhausen *in arb. judiciaria c. 5. ramuscul 5. de satisdationibus. n. 7.*

7 Quod † si quis & formulas desideret petendæ satisdationis, itemque Interlocutoriæ super cautionis præstatione: item exceptionum momenta, quæ satisdationibus

dationibus obiici ſolent: is adeat Rosbachium *d.t.48.num.20.& ſeqq.* ubi etiam formulam tradit petendæ † cautionis, de non offendendo, ſi quis fortè alicui 8
minatus ſit vim, & talis ſit, qui minas exequi ſoleat. quæ cautio de non offendendo eſt valdè uſitata, ſicut etiam mandata de non offendendo, de quibus etiam Andr. Gail. & Mynſing. *in obſerv.* videri poſſunt.

Transeamus † ad ſatisdationes procuratorum. Itaque cautionem de rato 9
præſtat is, qui alieno nomine agit, (id eſt, procurator) excepto caſu *l.43.mutus. §.ult.ff.de procurat.* ubi vide Giphanium. Eandem cautionem alii quoque præſtant, ut tutores & curatores: de qua videatur *t.t.ff.ratam rem haberi*, & *ibi Weſembeccius & alii*: item *tit.* C. *de ſatisdando.* Hodiè moribus noſtris procuratores etiam præſtare coguntur cautiones illas, quas ex jure noſtro ipſimet principales tantùm præſtant, nempe judicio ſiſti, & judicatum ſolvi. Atque hæc cauſa eſt, cur in mandatis, quibus procuratores conſtituuntur, ſolenniter inſeri ſoleat clauſula, de procuratore indemni ſervando, & à cautionibus quas præſtiterit, relevando. Nec † plura nunc addam de ſatisdationibus; de quibus copiosè 10
ſcripſit & Rob. Maranta *part. 6. de ordine judic. membro 8. de ſatisdatione.* Illud operæ precium eſt admonere ex Juſtiniano noſtro: formam ſatisdationum, & quid, & quando quisque ſatisdare debeat, apertiùs & perfectiùs quotidiano judiciorum uſu in ipſis rerum documentis apparere §. *pen. Inſtit. de ſatisdation.* Nam ut aliis in rebus obſervandus eſt ſtylus cujusque curiæ, id eſt, mos & ordo cujusque judicij: ita etiam in ſatisdationibus & cautionibus.

CAP. XIV.

De Dilationibus.

Ad Novell. 53. c. 2. junctâ Authent. quod ſieri. C. de dilationibus & ad Novell. 115. cap. 2. &c.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Vbi de Dilationibus agatur in iure.*
3 *Dilationis definitio.*
4 *Dilationum diſtinctio in legitimas & arbitrarias.*
5 *Legitima dilatio*
6 *Conciliatio l. ult. ff. de fer. & dilat. cum Nov. 115. c 2.*
7 *Dilationes arbitrariæ.*
8 *Diſtinctio dilationis in primam, ſecundam, tertiam, quartam.*
9 *Requiſita & ſolennia ſingularum dilationum, remiſſivè.*
10 *Dilationes in favorem Reorum introductæ.*
11 *Effectus conceſſæ dilationis.*
12 *De iuretur ando dilationis, remiſſivè.*
13 *De hodiernis moribus circa dilationes, remiſſivè.*

Dilationum † quoque petitio & conceſſio crebra eſt in judiciis: id- 11
eoque & hæ breviter nobis attingendæ ſunt, occaſione Novellarum modò dictarum. De his † agitur *in tit. ff. de feriis & dilationibus, & in C. 3. de dilationibus.* Cui reſpondet *in 2. Decretal. titulus ſimiliter conceptus.* 22

Digitized by Google

3 Dilationem † definire possumus, quod sit prolatio diei à judice petita, concessáque, instrumentorum aut personarum exhibendarum gratia, instruendi judicis, instruendæ intentionis suæ gratiâ.

4 Distinguere † licet dilationes ad hunc modum, ut aliæ sint legitimæ & cer-
5 tæ aliæ arbitrariæ. Legitima † dilatio est verbi gratia illa, quæ ex *Nov.53.* per *Nov.82.& 96.* confirmatâ, datur reis in judicio vocatis, ad deliberandum, utrum cedere adversario, an contendere debeât: quod tempus est viginti dierum *ex dictis Novv.* cùm anteà esset tantùm decem dierum. Datur etiam hoc spatium temporis ad deliberandum, an recusare quis debeat judicem, vel postulare, ut collega sive conjudex ei adjungatur: de qua recusatione suspecti judicis supra proprio capite egimus, & vide Cujacium *in expositione d. Nov.53.* ubi etiam *Nov. 13.& 115.* simul conjungit. Sic *Nov.115.c.2.* constitutum est, ut postquam unus ex litigatoribus lite aliquandiu disceptatâ, renunciavit tandem suis allegationibus & disputationibus, alteri similiter renunciare suis nolenti, sed frustranti ac tergiversanti: puta quod causæ suæ fortè diffidat, detur spatium trium mensium, ad proferendas intereà temporis reliquas allegationes & probationes suas, si quas habeat quod si id tempus frustratoriè elabi patiatur, tum ulteriùs non audiatur, sed pro eo habeatur, ac si utraque pars allegationibus suis renunciasset: sive, ut loquimur, in causâ concluisset, & submisisset ut jam possit ju-
6 dex ad sententiam definitivam accedere. Obiicit † Cujacius *d.Nov.115.l.ult. ff.de feriis & dilat.* ubi ait Paulus in causis pecuniariis dilationem singulis causis plus semel dari non posse, cùm in criminalibus dentur reo quidem tres, accusatori verò duæ. Quomodo etiam *in l.1.C.de dilationibus* Impp. aiunt, non facilè ampliùs quàm semel, nec ulla trahendi arte dilationem esse tribuendam. Respondet autem *dictam l.ult.* loqui de legitimis tantum & ordinariis dilationibus; sed dilationem illam trimestrem *ex Nov.115.* extra ordinem dari ad convincendam improbitatem & calumniam litigatoris, post legitimas dilationes. *d. Nov. 115.* quam etiam imitatus est Pontifex *in cap.4.pro ut nobis, extra de dolo & contumacia:* ubi Cujacius id notavit. Interim tamen puto, etiam illam dilationem trimestrem & ultimam, quæ quasi ex abundanti conceditur, rectè dici legitimam & ordinariam, quia scilicet novissima lege Justiniani constituta sit & ordinata. Habent autem legitimæ dilationes illud proprium ac peculiare, quod judex
7 non possit eas decurtare seu coangustare. Legitimis † dilationibus, ut dixi, opponuntur arbitrariæ; quæ scilicet nullâ certâ lege sunt definitæ, sed totæ ex arbitrio judicis dependent: qui causâ cognitâ eas vel tribuit vel denegat, pro ut ex circumstantiis æquum æstimaverit; & nunc longiores tribuit, nunc angustiores.

8 Prætereà † interpretibus nostris dilatio alia est prima, alia secunda, alia tertia, alia quarta. Fecerunt enim judicem plus satis liberalem in concedendis dilationibus: quarum prisci legislatores, ut paulò antè intelleximus, valdè parci
9 fuerunt. Quæ † autem secundùm Doctores sint requisita & solennia singularum dilationum, sine quibus concedi non debeant; videatur apud Mynsing. & Andr. Gail. *in obser.* & novissimè Lud. Gilhausen *in arbore judic. c.6.part. 2.artic.*

Digitized by Google

2.artic.2.num.8.usque ad num. 21. inclusivè : ubi etiam de prorogatione dilationum,an & quatenus illæ fieri possint: Consulatur etiam Rosbachius *in proc. judic. t.37.*

Ad hæc notandum, † dilationes introductas esse in favorem Reorum potissimùm:qui hoc quoq; casu,ut aliis plurimis favorabiliores habentur, quàm actores:quibus dilationes dandæ non sunt.Cujac.*in parat. C. de dilation.*per *l.2. C.illo tit.*qui & hoc notat, in consistorio principis dilationes non dari, per *l.5. C. d.t.& l.1.C.de relationibus.*Ratio differentiæ inter Reum & Actorem evidens est: nempe,quia Actor,in cujus est potestate & arbitrio situm, an & quando agere velit,instructus venire debet ad agendum: quod idem non potest dici de Reo: ut proinde hîc magis indigeat dilationum beneficio. 10

Effectus † porrò concessæ dilationis est,quod eò usque faciat conquiescere officium judicis,donec defluxerint petiti temporis curricula,ut est *in l.3.C.de dilationibus.*Deinde dilatio uni parti concessa,utrique communis est, *argumen. l.6.petenda.C.de temp.in integr.restitution.Speculator in tit.de dilation.§. In summa.* 11

Agitur † quidem etiam *in Nov.49.c.ult.*nonnihil de dilationibus,ubi utraque pars initio litis jurat,se probationes ab adversario non petituram differendi negotii causâ:quod *jusjurandum dilationis* dicitur. Sed ea res potiùs pertinet ad *cap.de jurejurando propter calumniam dando*,quod infra proponemus. 12

Hodiè † verò quid in judiciis nostris circa dilationes observetur, petendum est ex auctoribus supra nominatis. 13

CAP. XV.

De Contumacia, eiusque Poena.

Maximè ad Novell.53. 69. 96. & Novell. 112. cap. ult. junctâ Authent. qui semel. C. quomodo & quando judex sententiam proferre debeat,&c.

SUMMARIA.

1 *Contumaciæ notatio.*
2 *Sedes hujus materiæ.*
3 *Propositio.*
4 *Contumacia alia vera,alia præsumpta.*
5 *Vera contumacia.*
6 *Præsumpta contumacia.*
7 *Differentia inter contumaciam veram & præsumptam.*
8 *Contumacia alia Actoris,alia Rei.*
9 *Contumacia Actoris,quàm Rei gravior.*
10 *Utroque contumace compensatur invicem contumacia.*
11 *Ut quis verè constituatur contumax, necesse est,ut altera pars obediens alterius contumaciam accuset.*
12 *De formulis istius accusationis, remissivè.*
13 *Distinctio contumaciæ in eam quæ ante, & eam quæ post litis contestationem fit.*
14 *De contumaciâ Actoris.*
15 *De contumacia Rei.*
16 *Jure Novellarum contumaciæ aquè fit ante litis contestationem: secus quam olim.*
17 *Pœna contumaciæ.*
18 *Differentia juris civilis & saxonici circa hâc rem.*
19 *Differentia inter contumaciam & Eremodicium.*

Digitized by Google

1 COntumacia † ab eadem origine manat cum contumelia: nempe à contemptu & contemnendo. *l.53.contumacia.§.1. in verbo contemnet. ff.de re judic.l.11.de ætate.§.4.qui tacuit.ff.de interrogation. in iure facien.* Et de contumeliâ disertè hoc scriptum est ab Ulpia. *in l.1.in fine.pr.ff. de Injur.* Estque contumacia idem quod inobedientia, *arg.d.l.53 §. ult.* Unde & Germani contumaciam rectè vocant Den Vngehorsam, & accusationem con-
2 tumaciæ Vngehorsams beschuldigung. Pertinet † autem huc *tit. Decretal.de dolo & contumaciâ*, ubi videantur Hostiensis *in summâ*; Panormitanus aliique Canonistæ *in suis repetitt.& lecturu, quas vocant:* Denique & Cujacius *in Recitation.* In jure Justiniano referri huc debent *l.53.contumacia.* ubi inprimis videndus est Zasius *ff.de re judic.* Item *l.13.properandum.§.& siquidem pars.cum seqq.* ubi Dd Br.& alii. *C.de iudiciis.* His enim locis propriam collocant huius materiæ
3 sedem. Verùm † cùm latissimè pateat istud argumentum contumaciæ, & possit quis tàm extra judicium contumaciam committere, quàm in judicio, sive adversus judicem: Principio ab hac tractatione removeamus contumaciam, ut sic dicam, extrajudicialem, & de judiciali potissimum videamus: tùm quotuplex sit & quomodo committatur, & quando (tam ab actore, quàm à reo) tùm quomodo coerceatur.

4 Est autem † contumacia apud Interpretes duplex: alia vera, alia ficta, seu
5 præsumta: sicut & dolus duplex constituitur, verus & præsumtus. Vera † contumacia committitur ab eo, qui tribus Edictis, vel uno pro tribus, quod peremtorium vocant, citatus, ita ut certò constet, in eius notitiam perveniisse, noluerit comparere: de quibus edictis agitur *in l.68. ad peremtorium. cum 5.ll seqq.ff. de iudic.* Alii veram contumaciam hanc esse dicunt, quando citatus personaliter compellatus, respondet se nolle comparere. Sed mihi videtur & is verè contumax esse, qui vocatus non comparet, quamvis nihil dicat. Neque enim
6 tam verba hîc, ut & alibi, quàm facta curamus. Ficta † seu præsumta dicitur contumacia, cùm quis non personaliter citatur, sed absente ipso citatio fit ad domum eius, ut verisimiliter ad notitiam eius pervenerit, & tamen emanet, sive non comparet. Videatur post veteres Dd. Rosbach *t.30. nu.4. & 5.* & Gilhus. *in arb.iudic.cap.5.ramusc.3.num.2.* Giphanius autem noster putat, distinctionem istam contumaciæ, in veram & fictam, in J. Civili non extare. Doctores
7 † inter has duas species differentiam constituunt istam, quod verus contumax nõ possit appellare. *l.properandum.13.§.sin autem.C.de judiciis.l.53. contumacia.ff. de re judic.* ubi contumacia dicitur damno litis coërceri. Quod hunc habet sensum: si contumax fuerit victus (potest autem aliquando etiam vincere, scilicet si meliorem habeat causam, quàm non contumax. *l.73.& post edictum. in pr.ff. de iudic.*) planè amittit litem, præcisa ei omni spe appellationis. Fictus autem contumax salvam habet suam defensionem, & appellationem. Potest enim allegare deinde legitimum impedimentum vel causam absentiæ ad purgandam contumaciam: & victus à sententiâ appellare. *cap.18.cùm Bertoldus.& ibi Panorm.extr. de sent.& re iudic.*

8 Aliâ † divisione contumacia est, vel Actoris, vel à Reo committitur: & ab hoc

hoc quidem crebriùs, ab illo verò ratiùs. Quando † autem actor dicatur 9
contumax,& quando reus,explicat Rosbach *d.t.30. num.8.* Memorabile est autem,quod Actoris contumacia fœdior & major habeatur,quam Rei: Nam actor litem incepit; quam proinde etiam prosequi meritò debebat; si non calumniator haberi volebat,qui falsis litibus homines vexare pro delectamento habeat. Rei verò proprium est fugere & subterfugere, unde & *fugientes* sæpè appellantur pro ipsis reis. *d.l.properandum:* ut iidem Græcis oratoribus sunt φεύγοντες. Videatur Cujacius *ad cap.3.causam. extr. de dolo & contumacia*, post Gl. & Dd. *ibidem.* Quid † si uterque,tàm Reus,quàm Actor contumax fuerit? hoc casu contu- 10
macia invicem compensatur,sicut & aliàs Jure Civili receptum est,ut dolus cũ dolo compensetur. Illud † verò utrique est commune, quòd ad id, ut quis 11
verè in contumaciâ constituatur, necesse sit ut altera pars obediens alterius contumaciam accuset apud judicem,id est,de eâ conqueratur: quod vulgò Pragmatici vocant, *aliquem contumaciare* (Contumaciri) Videatur Maranta *part.6. membr.2.de contumacia.nu.1.2.& 3.* & Giphanius *de ordine iudiciorum,sub cap. de contumacia.* Formulas † autem talis accusationis, seu querelæ, tàm contra 12
Actorem,quàm contra Reum,videre licet apud Petrum Terminæum *in proceß.* & Lud. Gilhaus. *d.loco.*

Tertiò † contumacia, ratione temporis sive ordinis ita dividitur, ut alia 13
fiat ante litis contestationem,alia postquam lis jam est contestata.

Videamus seorsim † primùm de contumaciâ Actoris,secundò de Rei. Actor 14
ergò tunc dicitur contumax,si posteaquam alium in jus vocarit,vel citari curavit,ipse emaneat,nec litem prosequatur,aut certè diu trahat ac protelet. Hujus igitur contumaciam potest reus apud judicem accusare, & petere circunductionem litis,vel diei. *d.l.properandum.13. C.de iudic.* Cogitur autem talis Actor primum quidem Reo reddere viatica & sumtus litis. *l.79.eum quem temerè. ff. de judic.* Secundò,non ante ad agendum denuò admittitur, quàm refuderit expensas,& sufficientem præstiterit cautionem de lite prosequendâ. Gilhusius. *d.loco.num.5.* ubi etiam allegat Menochium *de arbitr.iudic. quæstionibus:* docetq; quomodo hoc casu in Camerâ procedatur. Quod si Actor ante litem contestatam cœperit esse contumax; Reus vel absolutionem petit à citatione, vel si hoc maluerit, etiam absente Actore litem contestatur, in hunc scilicet finem, ut sententiam absolutoriam obtineat,non solùm à citatione, aut instantiâ, ut vocant,sed ab omni omninò lite,& in causâ principali. Videantur Andr. Gail. *lib.1. obs. 9.num.4.& 5* post Panorm. & alios *in cap.causam extr. de dolo & contumaciâ.* Quod tamen,de litis contestatione à solo Reo faciendâ,absente Actore, Giphanius ait,repugnare Juri Civili: quo litis contestatio non fiat μονομερῶς, id est, ab unâ tantum parte, absente alterâ, sed utrâque præsente. Sin autem Actor fiat contumax post litem jam contestatam Judex vel absolvet Reum ab observatione judicii,sive ab instantiâ, Actore in expensas litis condemnato. *d.l. 13 properandum.* §.1. C. *de judic.* vel receptis testibus Rei (item instrumentis ejus cæteris) ipsam causam cognoscere poterit,& per sententiam definitivam terminare. *N.* 112. Et tantùm de contumaciâ Actoris, tàm ante, quàm post litem contestatam.

Digitized by Google

15 Sequitur † de contumaciâ Rei: quam is tunc committit, si in judicium vocatus non veniat: aut veniat quidem, sed jussus respondere ad articulos, nolit, aut tergiversetur, vel obscurè, vel insufficienter respondeat. Hæc enim patia sunt: omninò non respondere, & ἀλλο πρὸς ἐπος respondere, sive ad interrogatum non respondere: ut eleganter Ulpianus *in l.21. de statu.§. quod autem. ff. de interrog. in jure faciendis.*

16 Hic diligenter observanda est differentia juris veteris & novissimi. Nam jure veteri contumacia tantùm post litem contestatam dicitur. *l.53. ff. de re judic. l. 68. cum quinque seqq. & l.75. ff. de jud. & d.l.13.§. & si quidem. C. eod. t.* Sed jure novissimo, nempe *ex Nov. 69. & 112.* etiam ante litem contestatam, contumaciæ locus est, & tribus illis edictis, de quibus agitur in ll. supra allegatis: & utriusque contumaciæ idem est effectus, *ex d. N. 112.* nempe, ut tota lis consumatur; cum ante eam Novellam non tanta esset pœna contumaciæ, litis contestationem præcedentis. Nam lis manebat salva: tantùm in expensas condemnabatur contumax, *l.2. C. ubi in rem act. exerc. deb. & Nov. 53. c.3.* Hodiè verò lis consumitur & perit contumaciâ: uno casu excepto *in d. N. 53.* nempe, quo Actor non est secutus forum Rei, sicut regulariter facere debebat.

17 Restat † ut dicamus de pœnis, quibus contumaces coërcentur: de quibus prolixè explicat Maranta *parte 6. membro 2.* Sed multa habet quæ sunt potiùs extrajudicialia, quàm judicialia. Nos autem hîc potissimum de contumaciâ, quæ in judicio committitur explicamus. Tres autem potissimùm pœnas moribus nostris usitatas, annotant Gailius, Mynsingerus, Rosbachius, Gilhusius. & alii nempe has: 1. pœnam banni 2. missionem in possessionem. 3 pronunciationé in absentem. Et quidem pœna banni jure civili inaudita, satis gravis est hoc casu, ut proindè non facile ad eam descendatur. Quod ad translationem attinet possessionis, eâ in aliis quoque casibus utimur: ut videre est in *l si priusquam. ff. de operis novi nunc.* & in *l. à quo. ff. de dam. infect.* & *l. pen.§. pen. ff. de præscript. 30. vel 40. annor.* Admonet autem Dn. Giphanius, non rectè confundi vulgò remediũ transferendæ possessionis, cum remedio missionis in possessionem. Nam missio in possessionem potissimum est recepta in actionibus in personam. sed translatio possessionis in actionibus in rem. Est & hæc pœna contumaciæ, quod contumax haud habet beneficium appellationis, ut & supra monui ex *l.13 properandum.§ sin autem. C. de judic.* & ex *l.53. contumacia, ubi Zasius & alii ff. de re judic.*

18 Hic † notanda est differentia Juris Civilis, & Saxonici. Nam cum Jure Civili contumax non omninò amittat litem, sed causa examinetur qualis est, etiamsi altera pars contumax fiat, unde aliquando etiam secundùm absentem & contumacem pronunciatur; ut supra dixi: Jure Saxonico contumacia damno litis coercetur; nisi quis legitima possit docere impedimenta, quæ vocant Die Ehehafften: quibus legitimis impedimentis certantibus, dicitur contumax biß auff die Hälffte erstanden vnd erlangen: qua de re diligenter explicat Hart. Pistoris *lib.1. quæstion. quæst.4.* & Andr. Rauchbar *lib.1. quæst. quæst.1.* & videantur autores Differentiam Juris Civilis & Saxonici.

19 Postremò † observetur quoque differentia inter contumaciam & Eremodicium de quo Cujacius *lib.9. obs. c.22.*

CAP.

Digitized by Google

CAP. XVI.

DE LITIS CONTESTATIONE:

Ad Nov.53.c.3.& Auth.offeratur.C.de edendo.

SUMMARIA.

1 *Partitio capitis.*
2 *Etymologia Litis-contestationis.*
3 *Definitio litis-contestationis.*
4 *Discrimen inter actionis editionem, & litis contestationem.*
5 *Divisio Litis contestationis.*
6 *De forma litis contestationis: & quando lis intelligatur contestata.*
7 *Quomodo iure civili litis contestatio fiat.*
8 *Quomodo moribus nostris.*
9 *In quibus causis & iudiciis necessaria sit litis contestatio, & in quibus non sit necessaria.*
10 *Effectus litis contestationis multiplex.*

DE † litis contestatione hæc capita observentur. 1. vocabulum. 2 definitio. 3. divisio. 4. Quomodo fiat. 5. in quibus causis & judiciis necessaria sit, vel non sit. 6. & ultimò quosnam habeat effectus. 1

Ad † primum quod attinet, litis contestatio, & Actor litem contestari ex eo dicitur; quia olim testibus adhibitis, sive testatò fiebat, cum diceret solennia quædam verba: *Quirites testes estote.* Quæ testatio ad multos facta, Latinè dicitur *contestatio.* Videatur Festus: quem etiam laudat Cujacius *ad Rubricam Decretal. de litis contestatione.* Alio nomine dicitur *Acceptum judicium:* Et tempus accepti judicii nihil aliud est, quàm litis contestatæ: Judicium enim tunc demum verè incipit. *l.15. amplius. ff. ratam rem haberi, & l. ubi 22. ff. de judic. l. sed etsi. 25 §. si ante. ff. de hered. pet. l. restituere. 75. ff. de V. S. l. ult. C. de ord. cognit. l. 44. non iccirco. ff. de iudic.* ubi *lis inchoata* dicitur Germani vocant Kriegs befestigung. 2

Litis † contestatio est rei, de qua agitur, narratio, facta ab Actore, & ad eam responsio sive contradictio Rei apud judicem. *l. 1. C. de litis contestat.* ubi distinguitur † inter actionis editionem, & litis contestationem. Nam per editionem Reus speciem actionis cognoscit: per contestationem judex narrationem negotii sive causam ipsam & factum: Deindè, editio jure nostro fit Reo, contestatio autem fit judici. Tertiò per editionem res non deducitur in judicium, sed per contestationem. 3 4

Dividitur † litis contestatio in Affirmativam, à parte Actoris; & Negativam, à parte Rei. Videatur Wesembecius *in parat. C. de litis contestat. n. 3.* & Andr. Gail. *lib. 1. obs. 73. n. 2.* sunt & aliæ quædam cùm divisiones, tùm subdivisiones, apud Rosbach. *in processu iudic.* quas omitto, cum ab ipso peti possint, *sub tit. de litis contestatione.* 5

Ad † formam seu modum litis contestandæ quod attinet, videantur inprimis Andr. Gail. *d. obs. 73.* & Mynsing. *cent. 4. obs. 49.* Item Panormitanus aliique *ad cap. 1. extr. de litis contest.* Multum autem refert scire, an & quando lis sit contestata, propter insignes effectus, quos habet litis contestatio, de quibus infra. Et conqueritur Cujacius de multorum imperitiâ, qui quamvis in foro versentur, tamen 6

Digitized by Google

tamen liquidò nesciant, quid sit contestatio: *homines*, inquit, *nati tantùm ad negotia confundenda, & jura omnia permiscenda, quo genere nihil est in Republicâ perniciosius, nihil imperitius.* Vide Cujacium *in Recitat. Decretal. p. 58. in edit. Spirensi.* Videamus primum de Jure Civili, tùm de moribus, quomodo litis contestatio

7 fiat. Jure † Civili litis contestatio fit per narrationem causæ judici factam ab Actore & per contradictionem Rei, sive responsionem eius. *l. rem non novam. 11. §. patroni. C. de iudic. l. 1. C. de litis contestat. & l. 2. §. 1. & §. sin autem. C. de sureiurando propt. calumn. dand.* eaque narratio, aut plenâ oratione fiebat, aut summatim, quæ Latinè dicitur *causæ conjectio*, apud Ascon. Pædianum & à Paulo *in l. 1. ff. de R. I.* (ubi vulgò malè legitur *conjunctio.*) Præterea à Jure Civili & per preces Imperatori oblatas, fit litis contestatio *t. 3. C. quando libell. princ. dat. lit. cont. fac.* (ubi vide Cujacium *in Parat.*) quem tamen modum veteres JCti ignorârunt, utpo-

8 te sub posterioribus Impp. primò natum. Quod ad † mores nostros attinet: litis contestatio vulgò dicitur posita esse in affirmatione Actoris & in negatione Rei *cap. 1. extr. de lit. contest. & cap. dudum. §. partibus extr. de electione.* Formulæ ipsæ petantur à P. Terminæo, Rosbachio, & Gilhusio, item ex Processibus Germanicis, qui passim extant. Plerunque autem adddi solet, *animo litem contestandi*: & interdum, si quis tergiversetur & differat, solet adiicere responsioni protestationem, hujusmodi *se animo non contestandi litem, id dicere.* Habent etiam Pragmatici modum quendam litis contestandæ, quam vocant *contestationem eventualem*, sive *in eventum factam*: de qua Mynsing. *cent. 3. obs. 74.*

9 De causis, † in quibus litis contestatio necessaria sit, vel non sit; observandum est, regulariter litis contestationem necessariam esse, usque adeò ut omissio eius vitiet processum: de quo Mynsing. & Gail. *dictis locis*, & Canonistæ *ad d. c. 1. extr. de lit. contest.* Enumerant tamen quædam negotia, in quibus litis contestatio necessaria non sit: verbi gratia restitutionem in integrum: item, causas nullitatis: item causas appellationum, causas criminales, causas matrimoniales, & alias: quarum plerasque reiicit & refutat Dn. Giphanius, & in criminalibus quoque, sive publicis judiciis, omninò requirit litis contestationem, per *l. 20. ex judiciorum. ff. de accusation.* & per *l. ult. C. ut intra certum tempus, &c.* De appellationibus autem in illis etiam necessariam esse litis contestationem, præsertim in Camerâ Imperii, restantur Mynsing. & Gail. *locis supra dictis.*

10 Ultimò † de effectu litis contestationis multiplici, videatur inprimis Speculator *lib. 2. tit. de litis contest.* & Maranta. Item Andr. Gail. *lib. 1. observ. 74.* & Hotom. *lib. 4. observ. c. 4.* & Interp. *ad l. non solet. 86. cum l. seq. ff. de R. I.* Item Gilhusius *in arb. iudic. c. 4. ramo 2. n. 20.* & Rosbach. *in tit. de litis contestat.* verbi gratia, ut insigniores tantùm effectus breviter commemorem: Litis contestatio facit, ut actio temporalis fiat perpetua; & quæ non erat transitoria ad heredes, transeat, posteaquam judicio est inclusa: facit quoque, ut non possit amplius recusari Judex, nisi ex novâ causâ suspicionis emergente; facit, ut non ampliùs locus sit exceptioni dilatoriæ: facit, ut non ampliùs liceat Actori emendare, vel mutare libellum: (quamquam hoc à nonnullis in controversiam vocetur) facit, ut interrumpatur præscriptio, Reo videlicet in malâ fide constituto, & in morâ: fa-

cit pro-

cit procuratorem litis dominum, ut non tantùm ipſe revocari non poſſit ſine causâ, ſed etiam alium ſubſtituere poſſit: facit, ut jusjurandum calumniæ præſtari debeat: facit denique, ut ad ſententiam definitivam perveniri poſſit.

CAP. XVII.

DE RECONVENTIONE.

Ad Novell. 96. cap. 2. junctâ Authent. & conſequenter, C. de ſententiis & interlocutionibus, &c.

SUMMARIA.

1 *Reconventionis etymologia.*
2 *Reconventionis definitio.*
3 *Ratio introductæ Reconventionis.*
4 *Reconventio ex incompetente judice facit competentem.*
5 *Reconventione debito tempore inſtitutâ, judex de utraque petitione ſimul cognoſcere debet.*
6 *Reconventio ſtatim initio litis inſtituenda eſt.*
7 *In quibus cauſis locum habeat, aut non habeat.*
8 *Coram quo judice inſtitui reconventio poſſit.*
9 *Apud arbitrum compromiſſarium non eſt reconventioni locus.*
10 *Clericus coram judice ſeculari reconveniri poteſt.*
11 *Legatus reconventus non habet jus revocandi dominum.*
12 *Reconventio non debet duplicari.*
13 *Leges juris Civilis de Reconventione agentes.*

CElebris eſt locus, in ordine judiciorum, de Reconventione: de qua, occaſione dictæ Novellæ breviter explicandum eſt: & primùm quidem de vocabulo.

Reconventio † Latinis dicitur mutua petitio: ut etiam *in Decretal.* eſt *tit. de mutuis petition.* Græci vocant ἀντικατηγορίαν, item ἀντικατηγορείαν: Germani Die Nachklag/item Gegenklag: & Reconvenientem appellant den Nachkläger/Reconventum den Nachbeklagten. 1

Eſt autem † Reconventio nihil aliud, quàm Rei conventi adverſus Actorem coram eodem judice viciſſim inſtituta actio. 2

Ratio † quare reconventiones in uſum venerint, eſt æquitas & utilitas, 3
quæ hoc ſuaſit. Æquitas quidem in eo conſiſtit: quia non debet Actor dedignari, eum contra ſe pati judicem, cujus arbitrium in agendo ſemel ſecutus eſt: *l. cum Papin. in fin. C. de ſentent. & interlocut.* ſive non debet actor dedignari ſe defendere coram eo judice, coram quo agere non dubitavit: etiamſi fortè aliàs ille judex non eſſet competens. Nam † reconventionis hoc inprimis jus eſt, ut 4
judicem faciat competentem, etiam eum, qui aliàs eſſet incompetens: ut non poſſit exceptionem, ſive præſcriptionem fori, &, ut loquuntur, incompetentiæ, obiicere Actor, à Reo mutuâ petitione pulſatus. Hoc primùm de Jure & vi Reconventionis, quod unus idemque debeat eſſe judex, tam Reconventionis, quàm conventionis. *l. 22. ff. de judic.* Cujacius *ad Nov. 96.* Ita tamen, ut ex idoneâ aliquâ causâ poſſit intra legitimum tempus judex recuſari, ut ſupra dictum *ex Nov. 53. & Auth, offeratur, C. de litis conteſtat.* Secundò † Reconventionis de- 5

bitotempore inſtitutæ,hoc jus eſt,ut judex de utràque petitione ſimul cognoſcere debeat: alternis videlicet vicibus utriusque litigantium jura & rationes audiendo: & ſingulos actus utriusque petitionis viciſſim expediendo: quod vocant *beneficium ſeu privilegium ſimultanei proceſſus.* Wilhelm. Hannetonius *in primâ parte tractatus Iudic.c. ult.* vocat etiam *beneficium eiusdem inſtantiæ.* Dixi Reconventionem habere beneficium ſimultanei proceſſus, *ſi debito tempore*
6 *fuerit inſtituta :* Sciendum eſt enim, † ſtatim initio litis,hoc eſt,vel ante litem conteſtatam,vel ſtatim poſt litis conteſtationem debere reconventionem à Reo contra Actorem inſtitui. Si poſtea id fiat,admittitur quidem reconventio,coram eodem judice,quamdiu lis pendet,usque ad ſententiam:ſed ſine tali prærogativâ : non enim jam amplius eodem & pari proceſſu gaudet. Quidam Interpretes poſteriorem hanc reconventionem volunt dici impropriam, inter quos video etiam eſſe Rosbach *in proceſſu judic.t. 46.num 3* Alii etiam hanc propriam eſſe volunt reconventionem: ſecuti Bartolum. De eo ſanè inter omnes convenit,quod poſt litem conteſtatam propoſita reconventio, nõ habeat idem privilegium,cum eâ,quæ ante litis conteſtationem.

7 Proximum eſt ut videamus, † in quibus cauſis locum habeat Reconventio,vel non. Regula ſit:Reconventio locum habet in omnibus cauſis,quæcunque non reperiuntur exceptæ.Sunt autem quædam cauſæ, quæ reconventionem non admittunt,quæ ad hoc genus commune referri poſſunt,nempe quòd celerem requirant expeditionem.Recenſentur illæ pleræque à Gilhuſio *in arbore jurid.cap.5,ramo.1.de reconvent. num.5.* & à Rosbachio *d.t. 46.num.8.* verbi gratia cauſæ executivæ,quas vocant,Item cauſæ, quæ imponuntur per implorationem officii judicis : Item cauſæ momenti, ſive momentaneæ poſſeſſionis: Item cauſæ ſuper quibus inſtituitur proceſſus ex *l. diffamari. C. de ingenuis manum.* Item cauſæ criminales:de quibus hoc teſtatur etiam Wilhelm. Hannetonius *d.loco* Item cauſæ quas vocant ſpirituales: Item cauſæ feudales ; & cauſæ, quæ tractantur coram Conſiliariis principis, Vermög der Außträg: Item cauſæ depoſiti & cauſæ ad electionem pertinentes : & cauſæ ſummariæ (quanquam de his video diſſentire Hannetonium, qui in controverſiis ſummariis reconventioni locum eſſe putat,*argum.clement.ſæpè. de V.S.* ex quo textu alii tamen, quod veriùs puto,contrarium colligunt. Plura dictis locis videãtur, inprimis apud Gilhuſium. Videatur etiam Cujacius *ad c.2.extr. de mutuis petition.*

8 Si quæratur, † coram quo judice reconventio locum habeat: dicendum, habere tàm coram ordinario,quàm coram delegato : etiam eo qui ex utriusque partis conſenſu delegatus eſt: tametſi de hoc contrarium viſum eſt Bartolo *ad*
9 *Authenticam.& conſequenter. C. de ſentent.& interlocut.* Illud † certum eſt,coram arbitro compromiſſario non eſſe locum reconventioni. *c.cum dilectus extr. de arbitris.& l.de hic.ff.de recept.arbitr.* Sed differunt arbiter, ſive judex compromiſſarius,& judex delegatus;quamvis ex conſenſu utriusque partis: ut non liceat argumentari ab uno ad alterum;tanquam à ſeparatis.*arg.l.ult.ff. de calumn.*
10 *cum ſimilibus.* Quæritur † an etiam Clericus,qui forum Rei laici ſequutus eſt,poſſit reconveniri coram judice ſeculari? & verius eſt poſſe Clericum, non

obſtante

Digitized by Google

obstante privilegio fori, apud judicem laicum reconveniri & judic laici jurisdictioni hoc casu subiici: quæ est sententia Accursij, Innocentij, Hostiensis, Johannis, Andreæ, Bartoli, & Panormitani; probata etiam Wilhelm. Hannetonio *in tractat. de Reconvent.* ubi testatur, eam frequentiore usu receptam esse favore reconventionis, & studio æqualitatis. Sic † legatus, etiam si tempore legationis suæ jus habeat revocandi domum, ut *suprà* dixi, *cùm de foro competente tractarem*: tamen si alterum conveniat, potest etiam reconveniri cessante ipsius privilegio. *l. 2. § sed etsi agant. ff. de judic.* 11

Postremò † observandum est reconventionem non debere duplicari, hoc est, Actor reconventus, non potest reum reconvenire in eodem judicio: ut rectè monet Hannetonius *in fine d. t. de Reconv.* Ratio est, ne in infinitum abeatur, & modus litium multiplicatus, habeat exitus inexplicabiles, ut verbis utar Pauli *in l. 6. ff. de except. rei judic.* vel quod idem est, ne nimia coacervatio petitionum plus satis gravet judicem; eæque sibi mutuò officiant, ut loquitur Hannetonius. 12

Atque hæc de reconventione sufficiant: de qua † etiam aliquot leges in Jure Civ. agentes, annotavit Dn. Cujacius *ad N. 96.* verbi gratia *l. 11. ff. de Iurisd. omn. judic. l. Lucius. ff. mandati. l. 15. ff. de except. rei judic. l. 1. C. rerum amotarum. l. pen. C. de sent. & interlocut.* quam tamen impertinenter à quibusdam allegari docet Cujacius vid. ibid. plura. 13

CAP. XVIII.

De Litigiosis.

Ad Novell. junctâ Auth. Litigiosa res. & Authent. Nunc si heres. C. de Litigiosis.

QUum non ita pridem de litigiosis rebus, quomodo constituantur & quod earum jus sit, & quare hoc jus ita constitutum sit, exposuerim *ad XII. Tabb. Classe 3. part. 2. cap. 1.* non agam nunc actum, aut eadem repetam. Videri etiam potest expositio Novellarum Cujacij *ad Nov. 112. & parat. C. t. de litig.*

CAP. XIX.

De Jure Jurando Calumniæ.

Ad Nov. 49. & Nov. 124 junctis Auth. hoc sacramentum, & Auth. in isto juramento, & Authent. principales. C. de Iureiurando propter Calum. dando.

SUMMARIA.

1 *Ratio introducti huius iuriiurandi.*
2 *Propositio & divisio tractationis huius.*
3 *De vocabulo iuriiurandi calumniæ: & quid hoc à iureiurando malitiæ differat.*
4 *Iusiurandum calumniæ generale primus apud Romanos introduxit Iustinianus.*

5 *Olim ſpeciale tantùm iuſiurandum calumniæ in uſu fuit: Cuius multa exempla recenſentur.*
6 *Loca Pandectarum, in quibus generalis de calumniâ iurisiurandi mentio ſit, à Tribonianis interpolata.*
7 *Generalis iuriſiurandi de calumniâ capita quinq;.*
8 *Quenam perſonæ iurent de calumniâ?*
9 *An & clerici?*
10 *An & parentes atq; patroni?*
11 *In quibus cauſis præſtandum ſit iuſiurandum calumniæ?*
12 *An & in criminalibus?*
13 *An & in feudalibus?*
14 *Quando ſit præſtandum?*
15 *An remitti poſſit?*
16 *An ſtatuto vel conſuetudine tolli?*
17 *Quæ ſit pœna detrectantis hoc iuſiurandum?*
18 *De effectu huius iuriſiurandi & aliis, remiſſivè.*

1 VT † omnium, qui judicio interſunt animi tanto majore religione devinciantur & admoneantur, ne quid fraudis, aut falſitatis committere velint: tanquam in conſpectu ipſius Dei: qui judiciis intereſt: ut ſcriptum eſt *Pſalm. 85. & in orat. Regis Ioſaphat, lib. 2. Paralip. c. 19.* ab omnibus aliquod exigitur jus jurandum: Nam & judex jurare jubetur *l. 14. C. de iudic.* & teſtis *l. 9. & l. 18. C. de teſtibus:* advocati quoque ſive patroni cauſarum utriusque partis jurare debent *d. l. 14. §. 1. C. de iudic.* Denique & litigantes tàm actor, quàm Reus judicare coguntur de calumniâ: de quo hic ex profeſſo agi-
2 mus, occaſione *Novv. & Authh. modò dictarum.* Cumque † hoc jusjurandum in judiciis quotidianum ſit, paulò plenius id attingimus. *arg. l. 25 legati ff. de liber. legatâ.* Dicam autem primo de vocabulo. ſecundò de capp hujus jurisjurandi, ſive quid juretur. Tertiò de perſonis, quæ hoc jusjurandum præſtent, vel non, ſive quibus remittatur. Quartò in quibus cauſis præſtãdum ſit. Quintò quo tempore, & an poſſit ſine vitio prætermitti. Sextò & ult. quâ pœna afficiatur qui de calumniâ jurare recuſat: & obiter ac remiſſivè de effectibus hujus jurisjurandi, petiti, & non præſtiti, vel etiam petiti, & præſtiti, vel denique falsò præſtiti.

3 Ad primum † quod attinet, Calumnia nihil aliud eſt, quam ſi quis ex certâ ſcientiâ injuſtè agit, ſive actionem proponit, vel actioni reſiſtit, & falſa atq; iniquâ lite alterum vexat. *l. 1. §. 1 ff. ad SC. Turpilian. & toto tit. de calumn.* idem ſignificat etiam malitia: tametſi uſus fori ex jure Canonico *in c. 1. & 2 de iuramento calumniæ lib. 6.* diſtinguat jusjurandum malitiæ, à juramento calumniæ, tanquam ſpeciem à genere. Nam jusjurandum calumniæ eſt generale de tota cauſa ſive lite, & ſemel tantum præſtatur *d. Auth. hoc ſacramentum. & Auth. in iſto ſacram. C. de iure iur. prop. cal. dando.* Sed jusjurandum malitiæ ajunt eſſe ſpeciale, de hoc aut illo articulo cauſæ: idque ſæpius exigere poteſt judex à partibus quoties ſcilicet viderit hoc expedire aut neceſſarium eſſe. *ca. 2. §. ult. de iuramento calum. in 6.* Andr. Gail *lib. 1. obſer. 87. n. 3.* Cujac. quoque *ad cap. ult. extr. de iuram. cal. lib. 2. Decretal.* defendit, quamvis idem ſint calumnia & malitia: tamen non malè diſcerni jusjurandum calumniæ, à jurejurando malitiæ: ut illud ſit propriè de lite calumniosè inſtitutâ, aut quam veremur ne calumniosè inſtituatur: hoc verò de aliâ quâcunque calumniâ. Germani vocant juramentum calumniæ, Den Eydt vor gefehrde. Dolum enim appellamus, Gefehrde; ut etiam in formula, quæ

plerisque

Digitized by Google

plerisque contractuum instrumentis ad finem adiici solet, Ohn arge list vnd gefehrde. Græci διομοσίαν vocârunt, ut testatur Budæus *in comm. Græcæ linguæ.*

Hoc † igitur jusjurandum de calumniâ generale, primus apud Romanos, 4
introduxit Justinianus *in l. 2. C. de iureiur. prop. cal dando.* ut scilicet timore sacramenti compesceretur contentiosa litigantiam instantia: ut idem Imp. loquitur *in l. 1. C. eod. t.* Cùm † ante ipsum tantùm speciale jusjurandum de ca 5
lumniâ, quod hodiè juramentum malitiæ, docendi ac distinguendi causâ vocant, receptum esset. Tale est verbi gratia id, quod præstat, qui alteri jusjurandum defert in judicio Nam & jure veteri is prior de calumnia jurare debet *l. 34. jusiurandum §. 4. qui iusiurandum & l. 37. si non fuerit. ff. de iureiurando. l. 11. §. 1. ff. de actione rer. amot. l. delata. C. de reb. cred. & iureiur.* Item tale est, quod præstat is, qui alteri novum opus nunciat. *l. 5. de pupillo §. qui opus. ff. de operis novi nunc.* Item, qui postulat sibi caveri de damno infecto *l. 13. qui damni. & §. si quis cum duobus. §§. seq. ff. de damno infecto.* Item qui sibi postulat satisdari alibi, quàm ubi potest Reus. *l. 8. de die. §. iubetur. ff. qui satisd. cogant.* Item, qui postulat rationes sibi edi. *l. 6 §. exigitur. ff. de edendo.* Item qui desiderat, ut liceat sibi quærere atque effodere in alieno fundo thesaurum suum, cujus memoria extat, (qui quidem impropriè thesaurus appellatur.) *l. 15. ff. ad exhibendum.* Item qui desiderat inspicere, & describere aliquid ad causam testamenti pertinens. *l. 3. C. quemadm. test. aperiant.* Item qui fideicommissum sibi relictum esse contendens ab herede, vel legatorio, vel fideicommissario, non potest id probare, & juramentum defert ei, à quo petit: nam hic quoque prior jurabit de calumnia. *l. ult. C. de fideicomm. & §. ult. Instit. de fideicommiss. her.* vide & Cujacium *ad Nov. 49. c. 3.* ubi etiam diligenter agit de ll. quibus tractatur de speciali jure jurando calumniæ, sive veteri, quod in variis causis præstatur: non tantùm de litis contestatione, de qua est novum, seu Justinianeum hoc juramentum calumniæ, de quo *in Novv. nostris.* Dices, † atqui generalis illius de calumniâ jurisjurandi mentio fit etiam in Pan 6
dectis verbi gratia in *l. 44 §. qui familiæ. ff. familiæ erciscun* item in *l. 34. ff. de iureiurando.* ut proindè non videatur primum à Justiniano introductum, ut dicebam *in l. 2. C. de iureiurando propter calumn.* Resp. à viris doctis animadversum est, leges illas interpolatas esse à Triboniano, qui verba quædam adjecit Jurisconsultorum scriptis: idque satis ostendit vel barbarismus ille, *ad inficias ire.* Latini enim dicunt *ire inficias*, non, *ad inficias.*

Capita † jurisjurandi hujus de calumniâ ferè quinque constituuntur 7
à Doctoribus, quæ etiam numerantur in statutis Noricis *tit. 6. l. 2.* & in ordinatione judiciariâ Electoris Palatini, Ducis Brunswicensis, & aliis. Doctores autem complexi sunt quatuor versiculis, quos etiam retulit Ferrariensis Practicus *in formâ libelli, in actione reali, in fine.* & Rosbach. *t. 50. in processu iudic. nu. 11.* Primùm uterque litigantium jurat, se non calumniandi animo litem movere, se non calumniæ causâ litem intendere, aut excipere, aut inficias ire & resistere: sed quòd credat atque existimet, se bonam causam habere. *d. l. 44. ff. familiæ erciscund. & d. l. in pr. C. de iureiur. propt. calum. dand.* Item *in Novellis nostris.* Unde etiam vulgò hoc jusjurandum dicitur CREDULITATIS. Bart. & alii *ad d. l. 2. §.*

quod observari. & Ferrarius *d.loco* Item Mynsingerus *ad Instit. tit. de pœnâ temerè litigant. §.1.n.12.* Secundò jurat uterque, se veritatem dicturum, quoties cunq; in jure fuerit interrogatus. Azo *in summâ Cod.d.t.n.1.& Gloss.in cap. 1.extr. eod.t. de iureiur.* Atque hæc duo capita sola putat Giphanius ex jure nostro contineri in illo jurejurando: reliqua tria fuisse ab interpretibus addita: cùm non propriè pertineant ad hoc jusjurandum. verbi gratia, quod tertio loco juratur utrinq; se nihil prorsus in præsenti causâ cuiquam, nisi illis tantùm, quibus jura permittunt, dedisse, promisisse ve, aut daturos, promissurosve esse; neque per se, neque per interpositam personam. *Auth.principales. C.d.t.& Nov.124.* ubi docet Cujacius olim quoque ex Senatusconsulto jurasse litigatores, priusquam agerent, nihil se ob advocationé cuiquam dedisse, promisisse, cavisse: allegans ad hoc Plinium *lib.5.ep.ult.* vide quoque *Auth. Novo Iure. C. de pœna judic. qui malè iudic* quæ sumta est ex *cad.Nov 124.c.2.* Quartò jurant litigantes, se falsis testimoniis, aut probationibus non usuros: quod tamen caput ad secundum referri posse videtur. Quintò jurant, se nullam dilationem dolo malo, & per calumniam, protrahendæ litis causâ, petituros: quod vocatur à Cujacio *ad Nov. 49.* Jusjurandum dilationis; nec probationem ullam nisi necessariam ad adversario exacturos *l.1.in pr.& Auth. Hoc sacramentum, & Auth.in isto. C.d.t. & d.Nov. 49.cap.3.*

8. De † personis quæ jurent de calumniâ, sciendum est primùm, utrum quàm Reum, quàm actorem hoc jusjurandum præstare debere: & quidem ipsas principales personas; vel alterâ parte præsente, vel ejus procuratore: vel si una pars absit, nec procuratorem habeat; apud acta. Interdum tamen ad quosdam mittitur domum: verbi gratia ad matremfamilias, id est, mulierem honestæ vitæ. Quæ omnia latiùs declarantur *in d.l.2.& d.Auth.principales.* C. *de iureiur.propt. calum.* Pro pupillis autem & minoribus jurant ipsorũ tutores & curatores: pro filio jurat pater legitimus eius administrator; pro eo cui datus est curator bonis: pro orphanotrophio, ipse orphanotrophus; pro Ecclesiâ œconomus: pro universitate Syndicus, sive actor municipii. Sed hoc ita demum, si & legitimam habeant administrationem, & negotium ipsis non sit ignotum. Habentur hæc *in d.l.2.§.quod observari, & §.hoc etiam.junctâ Auth principales in fin.* C.*d.t.* ubi etiam videatur Azo *in summa.* Item *cap.3.6.& ult.ext.de iureiur.calumn.* Item speculator *lib.2.tit.de iur.cal.§.1. & §.restat.* Sic aliàs quoque jure nostro, nomine municipum jurant ij, per quos geruntur res municipii: ut est in *l.97.ff. de condit. & demonstrat.* De procuratore, an per eum præstari possit hoc jusjurandum de calumniâ; videatur Bartolus, cum aliis, *ad l.13 § ult ff.de damn.infecto.* & Gail. *lib. 1.obs.83.& seqq.* Item Wilhelm. Hannetonius *in tractatu iudiciar.parte 2.sub rubr. de iure calumniandi.* Receptum est autem ferè, ut si absit principalis ac in judicium venire prohibeatur, tùm possit procuratori suo speciale mandatum dare de jurando tàm in suam ipsius, quàm principalis animam. *cap. ult. de iur. cal. lib. 6.* quod etiam statutis quorundam locorum approbatur: ut in Reform. Norica *tit. 6. l. 2.* Veruntamen potest judex interdùm, inspectâ qualitate personarum principalium, non admittere procuratorem, etiamsi speciale mãdatum habeat: sed

Digitized by Google

ſed jubere, ut ipſimet jurent principales. *d. cap. 3. extr. de iura. calum. lib. 2.* & ibi Cujac Item Hannetonius *d. parte 2. p. 27.* Quæritur † hîc, an clericis permittatur hoc jusjurandum? Et quamvis olim conſuetudine receptum fuerit, ut remitteretur; tamen Pontifex ipſe illam abrogavit, *in cap. cæterùm. 5. de iur. calumn. l. b. 6.* Fatetur enim Bonifacius Octavus, quæ ingenuitas ſanè laudanda eſt etiã in homine cæterùm illaudato, frequentes eſſe calumnias in ſpiritualibus quoque cauſis. *cap. 1. §. ult. d. t.* novis autem morbis, ut ait, nova convenit præparari antidota. Parentes † autem & patroni hoc jusjurandum præſtare non coguntur; cùm in his ſuſpicionem & metum calumniæ non admittat reverentia & honor, qui ipſis debetur à liberis & libertis. *l. 16. & l. 34. §. qui iusiurandum. ff. de iureiurando. l. 8 §. 5. ff. qui ſatisdare cogun. l. 13. §. pen. ff. de damn. inf. & l. 7. ff. de obſequiis, &c.* Semper enim honeſta & ſancta videri debet liberto & filio perſona parentis & patroni. *l. 1. & l. 9. ff. d. t. de obſequiis.* Hic tamen non diſſimulo, in diversâ ſententiâ eſſe Dominum Giphanium: qui putat, jusjurandum iſtud neque patrono, neque parentibus remittendum eſſe, & *in d. l. 34* legendum eſſe: NEQUE pro ÆQUE. Et tantum quidem de perſonis: quibus tamen & hoc addendum eſt, neque dominum vaſallo, neque vaſallum domino jusjurandum calumniæ præſtare cogendum eſſe. *§. in quibus. lib. 2. Feud. tit. 33.* qua de re dixi *in partitionibus illius juris.* Ratio eſt: quia inter has perſonas nulla ſuſpicio ſiniſtra, nulla fraus locum habet, nullum malum ingenium, ut Feudiſta loquitur, intervenire debet.

Sequitur † de rebus ſive de cauſis. In omnibus autem cauſis hoc jusjurandum, ſi exactum ſit, præſtandum eſt, ſive judicium ſit privatum & civile ac pecuniarum, ſive ſit publicum & criminale, ſive ſeculare, ſive ſpirituale: tametſi olim in ſpiritualibus non juraretur de calumniâ. *l. 1. in pr. C. d. t. de iureiur. propt. cal. & cap. 1. §. ult. de iura. cal. in 6.* Præterea non tantùm in primo judicio, ſed etiam in ſecundo, appellationis, hoc jusjurandum præſtandum eſt: etiamſi in primâ inſtantiâ jam antè ſit præſtitum *cap. 2. in pr. de iura cal. in 6.* Quod & Rob. Maranta & Hannetonius, & Reformatio Norica *tit. 10. l. 2.* probant. Sed † de cauſis criminalibus quod dicebam, in his quoq; de calumnia jurari, non caret dubitatione. Nam contra Johannem, Bulgarum, Hugolinum & Azonem (quorũ ſententiam probabit Imperator Fridericus *tit. de pace tenendâ. in uſibus Feud.*) ſentit Martinus; nempe in criminalibus de calumniâ non jurari: idque verius eſſe, docet Cujacius non ſolùm *in expoſit. N. 49.* ſed etiam *ad cap. 1. extr. de iur. calumn.* Ideò ſcilicet quia in judicio criminali ſufficiat ſubſcriptio in crimen, facta ab accuſatore: reo autem omnia conſervandæ ſalutis honeſta ſunt: Reſpondet quoque ibidem iis, quæ objici poſſint ſententiæ Martini, ut dictum *cap. 1. extr. de iure. cal. & l. ult. C. de ſid. Inſtrum. l. 1. & 2. C. de iureiur. propt. cal.* A rebus † autem in quibus hoc jusjurandum præſtatur, excipiendæ ſunt cauſæ Feudales, de quibus paulò antè admonui.

De † tempore præſtandi juramenti calumniæ ſciendum eſt, id vel in ipſo primordio litis, id eſt, dùm lis conteſtatur, vel ſtatim proximo termino poſt litis conteſtationem, præſtandum eſſe. *d. l. 2. in pr. & §. ult. C. de iureiur. propt. cal. & d. N. 49. 3.*

Digitized by Google

49.c.3.Maranta parte 6.de ord.iudic.tit.de Iuramento,act 1. Quod si tunc non exigatur,tacitè videtur remissum, quod quidem usu receptum est, ex Hostiensi *in summa Decret al.d.t.de iur.cal.* Potest tamen interdum etiam postea in qualibet parte litis jurari,*cap.1.in pr.de iur.cal.in 6.* Intellige, si fortè altera pars abfuerit, *l.2.§.ult. C. d.t.* Imò etiam posteaquam in causâ conclusum est, potest judex adhuc ex officio hoc jusjurandum exigere,ut testatur Gail.*lib.1.obs.84.n.6.* Semel autem præstitum, non est sæpiùs iterandum, ut & suprà dixi *ex Authent. Insto C.d.t.*

15 Sed † quæstionis est,an hoc jusjurandum remitti possit,& an vitietur judicium,si prætermittatur? Respondeo: si exactum sit,adeò est de substantiâ judicii,ut omissum reddat judicium pro jure nullum:ac ne quidem possit tolli consuetudine,vel statuto,*d.l.2.§.sed quia veremur.C.d.t.& c.5.extr.de iur.cal. c.3.extr. de fideiussor.cap.1.& ibi Dd.de iura.cal.lib.6.* Sin autem non fuerit exactum, sed tacitè omissum sive præteritum:eius omissio sive præteritio non vitiat processum *d.cap.*1.& Gail.*lib.1.d.obs.84.num.2.cum seqq.& obs.seq.nu.* 2. *argum.l.34.§.qui jusjurandum;in verbis:si hoc exigatur.ff. de iureiur.* quam sententiam probant etiam Statuta Norica *tit.6.l.2.* Ratio,cur expresè remitti non possit jusjurandum calumniæ, eadem est, quæ in reprobatione pacti, ne dolus futurus præstetur: quia scilicet utraque hæc remissio invitaret ad delinquendum & calumniandum. Deinde quia jus publicum pactis privatorum immutari non potest. *l.38.ff. de pact. cum simil.* Jam verò hoc jusjurandum introductum est pro communi utilitate,non pro commodo privatorum,ut ait Imperator *d.l.2.§.sed quia veremur.*

16 Quod † tamen dixi de consuetudine & statuto, per ea non posse tolli jusjurandum calumniæ:ei ab aliis contradicitur nec immeritò. Constat enim de Jure Saxonico & generali consuetudine illius fori, sublatum esse hoc generale jusjurandum calumniæ,ut testatur Math. Wesembecius *ad t. C. de iureiur. propt.cal.num.5.& num.13.* post Chilianum König *in processu cap.67.§. ult.* Ratio est,ut vitentur multa perjuria, quæ committuntur, ubi jusjurandum hoc frequentatur:quod sanè periculum jam olim animadverterunt, & admonuerunt. Baldus *ad l.si post.C.de eviction.*& Mar.*d.actu* 1.*n.*11.

17 Postremò † de pœnâ recusantis hoc jusjurandum,si exactum sit,admonendi sumus:actori quidem,si id detrectet, denegari actionem, à qua tanquam improbus litigator cadit, & à judicio repellitur: reus verò id recusans, habetur pro confesso,in quem nullæ sunt partes judicis,nisi ut condemnet eum, & solvere cogat.*d.l.2.§.quod si actor & §.sin autem reus.cap.ult. in fin. extr. de iur.cal.& in Reform.Noric,tit.6.l.2.*cujus tamen rei exceptionem addit Gail. *d.obs.*84. *num.*7. nempe,si per imprudentiam & sine malitiâ is,à quo exactum fuit hoc jusjurandum,prætermiserit. Alia quoque est exceptio: nisi postea actor, vel reus ante sententiam à judice latam paratus sit adhuc jurare,atque ita contumaciam purgare:Nam & hic audiendus est,eâque ratione pœnam modò dictam effugiet: ut rectè annotat Hanneton.*par.2.tit.de iur.cal.pag.28.b.*

18 Postremò † de effectu jurisjurandi calumniæ vid.Lud. Gilhus. *cap.5. arboris iudiciariæ,ramus c.8,n.19.20.& 21.*Plura quoque de hoc jurejurando videri possunt apud

apud Ferrarienſem Pract. *in forma libelli in actione reali*, & Doctores *in l.13. §. penult. ff. de damno infecto.*

CAP. XX.

De aliis quibusdam ſpeciebus juris jurandi.

Ad N.8. N.48. N.51. & N.72. Item ad N.1.

SUMMARIA.

1 *De iureiurando magiſtratuum & præſidum: ex Nov 8.*
2 *Iurari per B. Virginem Mariam, Archangelos, & quatuor Evangelia, à Iuſtiniano conceditur: ac noſtris moribus rectè reprobatur.*
3 *Iusiurandum ſpecies quædam cultus divini eſt: ideoq; per ſolum DEVM iurandum.*
4 *De iureiurando quo mortens ſubſtantia ſua modum definivit: ex Nov. 48. remiſſivè.*
5 *De iureiurando tutoris: ex Nov. 72. remiſſivè.*
6 *De iureiurando heredis ex Nov. 1. remiſſivè.*
7 *De iureiurando impudicarum mulierum, ne ipſis liceat ad bonam frugem redire, per Nov. 51. ſublato.*
8 *Iurisiurandi gratiam facere olim fuit Principum: hodiè Pontificum: ſed tamen etiam Camera Imperialis.*
9 *Plura de iureiurando, remiſſivè.*

PRæter jusjurandum calumniæ de quo *ſuperiori capite* dictum eſt, ſunt & alia juramentorum genera: cùm in reliquo jure noſtro, tùm in ipſis Novellis; quæ proindè breviter in hoc caput coniiciemus. Inprimis † autem huc pertinet celebris illa & horrenda formula juris juran- 1
di, quæ ex jure Novellarum præſtanda eſt Magiſtratibus, ſive præſidibus, quâlibet adminiſtrationem ſuſcipientibus, & extat *in appendice Nov.* 8. Tantùm † obſervetur, quod ibi æquè dicitur jurandum *per ſanctam glorioſam Dei genitricem, & ſemper virginem Mariam*; Itemque *per Sanctos Archangelos, Michaelem & Gabrielem*; nec non *per quatuor Evangelia*: æquè inquam, ac *per DEVM omnipotentem & Chriſtum & Spiritum Sanctum*: id moribus noſtris reprobatum eſſe: qui didicimus per ſolum DEUM jurandum eſſe; quod etiam fatetur Cujacius *in Recitat. ſuis ad tit. de iureiur. lib. 2. Decret. c. & ſi Chriſtus. 26.* per ſolum, inquit, DEUM eſſe jurandum, quia ſoli DEO honor & gloria: quam ad rem allegat & Tertullianum *de idololatriâ*. Poſſunt quidem ſine pietate & idololatriâ proponi in conſpectu jurantis ſacroſancta Evangelia, & manu vel duobus digitis prioribus tangi, quod *corporale iusiurandum* dicitur, & à Græcis σωματικὸς ὅρκος, ut notavit Cujacius *ad Nov. 51. & in parat. Cod.* Idque etiam dici poteſt, *jurare per ſacroſancta Evangelia*: veruntamen hoc firmiter tenendum, per nullam creaturam jurandum eſſe, ita ut ea invocetur, ſed ſoli DEO deberi honorem & cultum adorationis & invocationis, ut qui ſolus ſit καρδιογνώστης, ſcrutator cordium, ſuamque gloriam, ut fortis zelotes cum alio non communicet. Eſt † autem quædam ſpecies adorationis, ſeu invocationis cultusque divini etiam jus- 3
jurandum, quod fit cum obteſtatione nominis Divini. Hanc enim vim habet illa obteſtatio, ut Deus, quàm verè DEUS eſt, liquidò jurantem tueatur, pejerantem

rantem verò puniat Et hinc Alexandrinus *lib.7. Stromat.* rectè definivit iusiurandum, imitatione Aristotelis *in Rhetoricis ad Alexandr.* quod sit ὁμολογία καθεκτικὴ μετὰ θεοῦ προσαγορεύσεως θείας id est, certa litis definitio cum obtestatione divina facta: quam definitionem laudat Cujacius *in parat. ff. t. de iureiur. & ad Nov. 90.* & latiùs explicat venerandæ memoriæ Doctor meus Joh. Borchold. *in tract. de iureiur. c. 1.* Atque hæc pro meâ fide ad formulam illam iurisiurandi magistratuum, quæ habetur *in Appendice Nov. 8* admonere debui.

4 Deindè † est etiam *in Nov. 48.* de iureiurando à moriente præstito, quo is modum substantiæ suæ definivit, sive quod adiecit descriptioni bonorum suorum: quod iusiurandum quantam habeat vim, vel quo ad heredes, vel quo ad creditores & debitores defuncti, aliàs exposui *supra sub parte 6.* & videatur Cujacius quoque *ad d.* N. 48.

5 Præterea est † *in Nov. 72.* de iureiurando, quod præstare debet tutor antequam accedat ad administrationem tutelæ: de quo egimus supra *part. 8. ubi de tutelis.*

6 Ad hæc † *in Nov. 1.* agitur de iureiurando heredis, quod is præstare debet, ante inventarii confectionem. Sed hoc exposui *supra d. part. 6. ubi de Invent. confect.*

7 Denique † est etiam quiddam de iureiurando *in Nov. 51.* ubi prohibetur iusiurandum, quo obstringebantur mulieres impudicæ, quò minùs ad bonam frugem redire possent. Ratio eius prohibitionis est: quia hoc iusiurandum est contra bonos mores: quod genus nullius est momenti. *l. 7. §. & generaliter. ff. de Pactis. l. 5. non est dubium. C. de legibus. l. 12 si quis inquilinos. §. ult. ff. de legat. 1.* Et quidem huius iurisiurandi turpis gratiam facit dicta Novella, etiam sine præscri-
8 pto speciali Imperatoris. Ubi † notandum est, olim hoc fuisse principum, ut petentibus gratiam facerent iurisiurandi. *l ult. in pr. ff. ad municip.* Cuiacius *ad d. Nov. 51.* ad hoc etiam adlegat exemplum *ex Tiberio Suetonii:* Nam cum eques quidam Romanus iurasset priùs nunquam se repudiaturum uxorem, posteà in adulterio generi deprehensam, ut posset sine motu periurii dimittere, gratiam iurisiurandi petiit sibi fieri à Cæsare Tiberio: quod quidem duabus potissimùm de causis non difficilè ipsi fuit impetrare; tùm quia iusiurandum intelligitur, rebus sic stantibus, vel sic permanentibus: tùm quia non extenditur ad eos casus, de quibus verisimiliter cogitare non potuit. Porrò illâ absolutionem à iureiurando, quæ olim erat principum, posteà Pontifex Romanus, ut alia quoque Impp iura, ad se pertraxit. Hodiè tamen etiam Camera Imperialis, quæ vice Cæsaris judicat, absolvere solet à iureiurando, verbi gratia, *ad effectum*, ut vocant, *agendi*: ut videre licet *in observ. Mynsingeri & Gailii & aliorum.*

9 Atque hæc in præsentiâ pro instituti ratione sufficere possunt. Plura † de iureiurando, eiusque variis speciebus, petere licet à Borch *in tract. de iureiur. c. 1. & 2.* Item ex recitationibus Cuiacii *ad tit. de iureiur. lib. 2. Decretal.* Videatur etiam de iureiurando Dn. Giph. *in comm. de divis. iuris n. 160. cum seqq. aliquot.* ubi vulgares quasdam divisiones & species iurisiurandi refellit.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XXI.

DE PROBATIONIBUS IN GENERE: nec non de præsumtionibus: quarum exempla quædam *ex* N. 22. 29. & 136. colliguntur.

SUMMARIA.

1 *Commendatio huius materiæ.*
2 *De probationibus in genere per pauca in Novellis habentur.*
3 *Probationum duæ species præcipuæ, Testes & instrumenta.*
4 *Iusiurandum proprie non est probatio.*
5 *De probationibus, tractatus Mascardi.*
6 *Axiomata varia de probationibus.*
7 *De præsumptionum vocabulo, & vi atque effectu.*
8 *Præsumptio per probationem contrariam elidituɾ.*
9 *Præsumptiones ut & probationes, debiliores vincuntur a fortioribus.*
10 *Axiomata de præsumptionibus, remissivè.*
11 *Exempla quædam præsumptionum, ex Novellis collecta.*

IN judiciis † quantum momenti habeant PROBATIONES, vel hinc æstimari potest, quod actore non probante, qui convenitur etsi nihil ipse præstiterit, tamen obtinebit: ut rescribit Imperat Antoninus *in l. 4 qui accusare. C. de edendo*, & probationibus destituto, proverbialiter dici potest illud, quod scribit Paulus: non tibi ius, sed probatio deficit *l. 30. duo sunt Titii. ff. de testament. tut.* Maxima quoque in eo obiicitur difficultas, an & quando satis probatum sit? Nam ius quidem certum est & esse debet: facta autem plerunque etiam prudentissimos fallunt. *l. 2. ff. de iur. & facti ignor.* quæ causa est, cur & in digestis Jurisconsulti, & in Codice Imperatores, & in Decretalibus Pontifices, tàm diligenter hoc argumentum tractàrint: ut nunc omittamus Rhetorum scholas, qui non minùs multi sunt in doctrinâ probationum explicandâ. 1

In † Novellis nostris sanè perpauca sunt, quæ in genere ad probationes pertineant. Plura hìc de singulis probationum speciebus afferuntur, ut de testibus (N. 90.) & de fide instrumentorum, (N. 44. cum aliis) sciendum † enim est, has duas principes esse species probationum. (*l. in exercendis. C. de fid. instrum.*) tametsi ab aliis etiam plures constituantur: & aliqui etiam iusiurandũ ad hoc genus referant: quod † tamen ab aliis potiùs relevatio ab onere probandi, quàm probatio esse perhibetur. Et notandum est, non debere quem adigi ad iusiurandum, qui habet sufficientes probationes suæ intentionis *cap. 2. extr. de probat.* Est enim iusiurandum, ut eleganter vocat Imp. noster *in Nov. 72.* πλάστιγξ κατὰ φυγὴν, id est, extremum refugium sive subsidium: qua appellatione procul dubio respexit ad dictum Apostoli *ad Hebræos c. 6.* De † probationibus autem tria satis grandia volumina scripsit Josephus Mascardus: ubi docet potissimùm, quid & quomodo probandum sit: eaq; volumina in epitomen quandam contraxit Gilhusius *in arbore iudic. c. 6 parte 1. per totum.* Hic † colligi possunt varia de probationibus axiomata verbi gratia: *non sufficit dicere, sed*

2 3 4 5 6

tamen liquidò neſciant, quid ſit conteſtatio: *homines*, inquit, *nati tantum ad negotia confundenda, & jura omnia permiſcenda, quo genere nihil eſt in Republicâ perniciosius, nihil imperitius.* Vide Cujacium *in Recitat. Decretal. p. 58. in edit. Spirenſi.*

Videamus primum de Jure Civili, tùm de moribus, quomodo litis conteſtatio
7 fiat. Jure † Civili litis conteſtatio fit per narrationem cauſæ judici factam ab Actore & per contradictionem Rei, ſive reſponſionem eius. *l. rem non novam. 11. §. patroni. C. de iudic. l. 1. C. de litis conteſtat. & l. 2. §. 1. & §. ſin autem. C. de iureiurando propt. calumn. dand.* eaque narratio, aut plenâ oratione fiebat, aut ſummatim, quæ Latinè dicitur *cauſæ conjectio*, apud Aſcon. Pædianum & à Paulo *in l. 1. ff. de R. I.* (ubi vulgò malè legitur *conjunctio.*) Præterea Jure Civili & per preces Imperatori oblatas, fit litis conteſtatio *t. 1. C. quando libell. princ. dat. lit. cont. fac.* (ubi vide Cujacium *in Parat.*) quem tamen modum veteres JCti ignorârunt, utpo-
8 te ſub poſterioribus Impp. primò natum. Quod ad † mores noſtros attinet: litis conteſtatio vulgò dicitur poſita eſſe in affirmatione Actoris & in negatione Rei *cap. 1. extr. de lit. conteſt. & cap. dudum. §. partibus extr. de electione.* Formulæ ipſæ petantur à P. Terminæo, Rosbachio, & Gilhuſio, item ex Proceſſibus Germanicis, qui paſſim extant. Plerunque autem adddi ſolet, *animo litem conteſtandi:* & interdum, ſi quis tergiverſetur & differat, ſolet adiicere reſponſioni proteſtationem, hujusmodi *ſe animo non conteſtandi litem, id dicere.* Habent etiam Pragmatici modum quendam litis conteſtandæ, quam vocant *conteſtationem eventualem*, ſive *in eventum factam*: de qua Mynſing. *cent. 3. obſ. 74.*

9 De cauſis, † in quibus litis conteſtatio neceſſaria ſit, vel non ſit; obſervandum eſt, regulariter litis conteſtationem neceſſariam eſſe, usque adeò ut omiſſio eius vitiet proceſſum: de quo Mynſing. & Gail. *dictis locis*, & Canoniſtæ *ad d. c. 1. extr. de lit. conteſt.* Enumerant tamen quædam negotia, in quibus litis conteſtatio neceſſaria non ſit: verbi gratia reſtitutionem in integrum: item, cauſas nullitatis: item cauſas appellationum, cauſas criminales, cauſas matrimoniales, & alias: quarum pleraſque reiicit & refutat Dn. Giphanius, & in criminalibus quoque, ſive publicis judiciis, omninò requirit litis conteſtationem, per *l. 20. ex judiciorum. ff. de accuſation.* & per *l. ult. C. ut intra certum tempus, &c.* De appellationibus autem in illis etiam neceſſariam eſſe litis conteſtationem, præſertim in Camerâ Imperii, reſtantur Mynſing. & Gail. *locis ſupra dictis.*

10 Ultimò † de effectu litis conteſtationis multiplici, videatur inprimis Speculator *lib. 2. tit. de litis conteſt.* & Maranta. Item Andr. Gail. *lib. 1. obſerv. 74.* & Hotom. *lib. 4. obſerv. c. 4.* & Interp. *ad l. non ſolet. 86. cum l. ſeq. ff. de R. I.* Item Gilhuſius *in arb. iudic. c. 4. ramo 2. n. 20.* & Rosbach. *in tit. de litis conteſtat.* verbi gratia, ut inſigniores tantùm effectus breviter commemorem: Litis conteſtatio facit, ut actio temporalis fiat perpetua; & quæ non erat tranſitoria ad heredes, transeat, poſteaquam judicio eſt incluſa: facit quoque, ut non poſſit amplius recuſari Judex, niſi ex novâ cauſâ ſuſpicionis emergente; facit, ut non ampliùs locus ſit exceptioni dilatoriæ: facit, ut non ampliùs liceat Actori emendare, vel mutare libellum: (quamquam hoc à nonnullis in controverſiam vocetur) facit, ut interrumpatur præſcriptio, Reo videlicet in malâ fide conſtituto, & in morâ: fa-

cit pro-

Digitized by Google

cit procuratorem litis dominum, ut non tantùm ipſe revocari non poſſit ſine causâ, ſed etiam alium ſubſtituere poſſit: facit, ut jusjurandum calumniæ præſtari debeat: facit denique, ut ad ſententiam definitivam perveniri poſſit.

CAP. XVII.

De Reconventione.

Ad Novell. 96. cap. 2. junctâ Authent. & conſequenter, C. de ſententiis & interlocutionibus, &c.

SUMMARIA.

1 *Reconventionis etymologia.*
2 *Reconventionis definitio.*
3 *Ratio introductæ Reconventionis.*
4 *Reconventio ex incompetente judice facit competentem.*
5 *Reconventione debito tempore inſtitutâ, judex de utraque petitione ſimul cognoſcere debet.*
6 *Reconventio ſtatim initio litis inſtituenda eſt.*
7 *In quibus cauſis locum habeat, aut non habeat.*
8 *Coram quo judice inſtitui reconventio poſſit.*
9 *Apud arbitrum compromiſſarium non eſt reconventioni locus.*
10 *Clericus coram judice ſeculari reconveniri poteſt.*
11 *Legatus reconventus non habet jus revocandi dominum.*
12 *Reconventio non debet duplicari.*
13 *Leges Iuris Civilis de Reconventione agentes.*

CElebris eſt locus, in ordine judiciorum, de Reconventione: de qua, occaſione dictæ Novellæ breviter explicandum eſt: & primùm quidem de vocabulo.

Reconventio † Latinis dicitur mutua petitio: ut etiam *in Decretal.* eſt *tit. de mutuis petition.* Græci vocant ἀντιαγωγὴν, item ἀντικατηγορίαν: Germani Die Nachklag/item Gegenklag: & Reconvenientem appellant den Nachkläger/Reconventum den Nachbeklagten. 1

Eſt autem † Reconventio nihil aliud, quàm Rei conventi adverſus Actorem coram eodem judice viciſſim inſtituta actio. 2

Ratio † quare reconventiones in uſum venerint, eſt æquitas & utilitas, 3
quæ hoc ſuaſit. Æquitas quidem in eo conſiſtit: quia non debet Actor dedignari, eum contra ſe pati judicem, cujus arbitrium in agendo ſemel ſecutus eſt: *l. cum Papin. in fin. C. de ſentent. & interlocut.* ſive non debet actor dedignari ſe defendere coram eo judice, coram quo agere non dubitavit: etiamſi fortè aliàs ille judex non eſſet competens. Nam † reconventionis hoc inprimis jus eſt, ut 4
judicem faciat competentem, etiam eum, qui aliàs eſſet incompetens: ut non poſſit exceptionem, ſive præſcriptionem fori, &, ut loquuntur, incompetentiæ, obijcere Actor, à Reo mutuâ petitione pulſatus. Hoc primùm de Jure & vi Reconventionis, quod unus idemque debeat eſſe judex, tam Reconventionis, quàm conventionis. *l. 22. ff. de judic.* Cujacius *ad Nov. 96.* Ita tamen, ut ex idoneâ aliquâ causâ poſſit intra legitimum tempus judex recuſari, ut ſupra dictum *ex Nov. 53. & Auth. offeratur, C. de litis conteſtat.* Secundò † Reconventionis de- 5

bitotempore inſtitutæ,hoc jus eſt,ut judex de utráque petitione ſimul cognoſcere debeat: alternis videlicet vicibus utriusque litigantium jura & rationes audiendo: & ſingulos actus utriusque petitionis viciſſim expediendo: quod vocant *beneficium ſeu privilegium ſimultanei proceſſus*. Wilhelm. Hannetonius *in primâ parte tractatus Iudic.c. ult.* vocat etiam *beneficium eiusdem inſtantiæ*. Dixi Reconventionem habere beneficium ſimultanei proceſſus, *ſi debito tempore*
6 *fuerit inſtituta*: Sciendum eſt enim, † ſtatim initio litis,hoc eſt,vel ante litem conteſtatam,vel ſtatim poſt litis conteſtationem debere reconventionem à Reo contra Actorem inſtitui. Si poſtea id fiat,admittitur quidem reconventio,coram eodem judice,quamdiu lis pendet,usque ad ſententiam:ſed ſine tali prærogativâ: non enim jam amplius eodem & pari proceſſu gaudet. Quidam Interpretes poſteriorem hanc reconventionem volunt dici impropriam, inter quos video etiam eſſe Rosbach *in proceſſu judic.t.46.num 3* Alii etiam hanc propriam eſſe volunt reconventionem: ſecuti Bartolum. De eo ſanè inter omnes convenit,quod poſt litem conteſtatam propoſita reconventio, nõ habeat idem privilegium,cum eâ,quæ ante litis conteſtationem.

7 Proximum eſt ut videamus, † in quibus cauſis locum habeat Reconventio,vel non.Regula ſit:Reconventio locum habet in omnibus cauſis,quæcunque non reperiuntur exceptæ.Sunt autem quædam cauſæ, quæ reconventionem non admittunt,quæ ad hoc genus commune referri poſſunt,nempe quòd celerem requirant expeditionem.Recenſentur illæ pleræque à Gilhuſio *in arbore judic.cap.5.ramo.1.de reconvent.num.5.* & à Rosbachio *d.t.46.num.8.* verbi gratia cauſæ executivæ, quas vocant,Item cauſæ, quæ imponuntur per implorationem officii judicis: Item cauſæ momenti, ſive momentaneæ poſſeſſionis: Item cauſæ ſuper quibus inſtituitur proceſſus ex *l. diffamari. C. de ingenuis manum*: Item cauſæ criminales:de quibus hoc teſtatur etiam Wilhelm. Hannetonius *d.loco*: Item cauſæ quas vocant ſpirituales: Item cauſæ feudales; & cauſæ, quæ tractantur coram Conſiliariis principis,Vermög der Außträg: Item cauſæ depoſiti & cauſæ ad electionem pertinentes: & cauſæ ſummariæ (quanquam de his video diſſentire Hannetonium, qui in controverſiis ſummariis reconventioni locum eſſe putat,*argum.clement.ſæpè.de V.S.* ex quo textu alii tamen, quod veriùs puto,contrarium colligunt. Plura dictis locis videãtur, inprimis apud Gilhuſium.Videatur etiam Cujacius *ad c.2.extr. de mutuis petition.*

8 Si quæratur, † coram quo judice reconventio locum habeat: dicendum, habere tàm coram ordinario,quàm coram delegato: etiam eo qui ex utriusque partis conſenſu delegatus eſt: tametſi de hoc contrarium viſum eſt Bartolo *ad*
9 *Authenticam.& conſequenter.C de ſentent.& interlocut.* Illud † certum eſt,coram arbitro compromiſſario non eſſe locum reconventioni. *c.cum dilectus extr. de arbitris.& l.de his.ff.de recept.arbitr.*Sed differunt arbiter, ſive judex compromiſſarius,& judex delegatus;quamvis ex conſenſu utriusque partis: ut non liceat argumentari ab uno ad alterum;tanquam à ſeparatis.*arg.l.ult.ff. de calumn.*
10 *cum ſimilibus*. Quæritur † an etiam Clericus,qui forum Rei laici ſequutus eſt,poſſit reconveniri coram judice ſeculari? & verius eſt poſſe Clericum, non obſtante

obstante privilegio fori, apud judicem laicum reconveniri & judic laici jurisdictioni hoc casu subiici: quæ est sententia Accursij, Innocentij, Hostiensis, Johannis, Andreæ, Bartoli, & Panormitani; probata etiam Wilhelm. Hannetonio *in tract. de Reconvent.* ubi testatur, eam frequentiore usu receptam esse favore reconventionis, & studio æqualitatis. Sic † legatus, etiamsi tempore legationis suæ jus habeat revocandi domum, ut *suprà* dixi, *cùm de foro competente tractarem:* tamen si alterum conveniat, potest etiam reconveniri cessante ipsius privilegio. *l. 2. § sed etsi agant. ff. de judic.* 11

Postremò † observandum est reconventionem non debere duplicari, hoc est, Actor reconventus, non potest reum reconvenire in eodem judicio: ut rectè monet Hannetonius *in fine d. t. de Reconv.* Ratio est, ne in infinitum abeatur, & modus litium multiplicatus, habeat exitus inexplicabiles, ut verbis utar Pauli *in l. 6. ff. de except. rei judic.* vel quod idem est, ne nimia coacervatio petitionum plus satis gravet judicem; eæque sibi mutuò officiant, ut loquitur Hannetonius. 12

Atque hæc de reconventione sufficiant: de qua † etiam aliquot leges in Jure Civ. agentes, annotavit Dn. Cujacius *ad N. 96.* verbi gratia *l. 11. ff. de Iurisd. omn. judic. l. Lucius. ff. mandati. l. 15. ff. de except. rei judic. l. 1. C. rerum amotarum. l. pen. C. de sent. & interlocut.* quam tamen impertinenter à quibusdam allegari docet Cujacius vid. ibid. plura. 13

CAP. XVIII.

De Litigiosis.

Ad Novell. junctâ Auth. Litigiosa res. & Authent. Nunc si heres. C. de Litigiosis.

QUm non ita pridem de litigiosis rebus, quomodo constituantur & quod earum jus sit, & quare hoc jus ita constitutum sit, exposuerim *ad XII. Tabb. Classe 3. part. 2. cap. 1.* non agam nunc actum, aut eadem repetam. Videri etiam potest expositio Novellarum Cujacij *ad Nov. 112. & parat. C. t. de litig.*

CAP. XIX.

De Jure Jurando Calumniæ.

Ad Nov. 49. & Nov. 124 junctis Auth. hoc sacramentum, & Auth. in isto juramento, & Authent. principales. C. de Iureiurando propter Calum. dando.

SUMMARIA.

1 *Ratio introducti huius iureiurandi.*
2 *Propositio & divisio tractationis huius.*
3 *De vocabulo iureiurandi calumniæ: & quid hoc à iureiurando malitiæ differat.*
4 *Iureiurandum calumniæ generale primum apud Romanos introduxit Iustinianus.*

5 *Olim ſpeciale tantùm iusiurandum calumniæ in uſu fuit: Cuius multa exempla recenſentur.*
6 *Loca Pandectarum, in quibus generalis de calumniâ iurisiurandi mentio fit, à Triboniano interpolata.*
7 *Generalis iuriiurandi de calumniâ capita quinq;.*
8 *Quenam perſonæ iurent de calumniâ?*
9 *An & clerici?*
10 *An & parentes atq; patroni?*
11 *In quibus cauſis præſtandum ſit iusiurandum calumniæ?*
12 *An & in criminalibus?*
13 *An & in feudalibus?*
14 *Quando ſit præſtandum?*
15 *An remitti poſſit?*
16 *An ſtatuto vel conſuetudine tolli?*
17 *Qua ſit pœna detrectantis hoc iusiurandum?*
18 *De effectu huius iuriiurandi & aliis, remiſſivè.*

---

1 VT † omnium, qui judicio interſunt animi tanto majore religione devinciantur & admoneantur, ne quid fraudis, aut falſitatis committere velint: tanquam in conſpectu ipſius Dei: qui judiciis intereſt: ut ſcriptum eſt *Pſalm. 85. & in orat. Regis Ioſaphat, lib. 2. Paralip. c. 19.* ab omnibus aliquod exigitur jus jurandum: Nam & judex jurare jubetur *l. 14. C. de iudic.* & teſtis *l. 9. & l. 18. C. de teſtibus:* advocati quoque ſive patroni cauſarum utriusque partis jurare debent *d. l. 14. §. 1. C. de iudic.* Denique & litigantes tàm actor, quàm Reus judicare coguntur de calumniâ: de quo hic ex profeſſo agi-
2 mus, occaſione *Nouv. & Auth. modò dictarum.* Cumque † hoc jusjurandum in judiciis quotidianum ſit, paulò plenùs id attingimus. *arg. l. 25 legati ff. de liber. legatâ.* Dicam autem primo de vocabulo. ſecundò de capp hujus jurisjurandi, ſive quid juretur. Tertiò de perſonis, quæ hoc jusjurandum præſtent, vel non, ſive quibus remittatur. Quartò in quibus cauſis præſtãdum ſit. Quintò quo tempore, & an poſſit ſine vitio prætermitti. Sextò & ult. quâ pœna afficiatur qui de calumniâ jurare recuſat: & obiter ac remiſſivè de effectibus hujus jurisjurandi, petiti, & non præſtiti, vel etiam petiti, & præſtiti, vel denique falsò præſtiti.

3 Ad primum † quod attinet, Calumnia nihil aliud eſt, quam ſi quis ex certâ ſcientiâ injuſtè agit, ſive actionem proponit, vel actioni reſiſtit, & falſa atq; iniquâ lite alterum vexat. *l. 1. §. 1 ff. ad SC. Turpilian. & toto tit. de calumn.* idem ſignificat etiam malitia: tametſi uſus fori ex jure Canonico *in c. 1. & 2 de iuramento calumniæ lib. 6.* diſtinguat jusjurandum malitiæ, à juramento calumniæ, tanquam ſpeciem à genere. Nam jusjurandum calumniæ eſt generale de tota cauſa ſive lite, & ſemel tantum præſtatur. *d. Auth. hoc ſacramentum. & Auth. in iſto ſacram. C. de iure iur. prop. cal. dando.* Sed jusjurandum malitiæ ajunt eſſe ſpeciale, de hoc aut illo articulo cauſæ: idque ſæpius exigere poteſt judex à partibus quoties ſcilicet viderit hoc expedire aut neceſſarium eſſe. *ca. 2. §. ult. de iuramento calum. in 6.* Andr. Gail *lib. 1. obſer. 87. n. 3.* Cujac. quoque *ad cap. ult. extr. de iuram. cal. lib. 2. Decretal.* defendit, quamvis idem ſint calumnia & malitia: tamen non malè diſcerni jusjurandum calumniæ, à jurejurando malitiæ: ut illud ſit propriè de lite calumniosè inſtitutâ, aut quam veremur ne calumniosè inſtituatur: hoc verò de aliâ quâcunque calumniâ. Germani vocant juramentum calumniæ, Den Eydt vor gefehrde. Dolum enim appellamus, Gefehrde; ut etiam in formula, quæ

plerisque

Digitized by Google

plerisque contractuum instrumentis ad finem adiici solet, Ohn arge list vnd gefehrde. Græci διομοσίαν vocârunt, ut testatur Budæus *in comm. Græcæ linguæ.*

Hoc † igitur jusjurandum de calumniâ generale, primus apud Romanos, 4
introduxit Justinianus *in l. 2. C. de iure iur. prop. cal dando.* ut scilicet timore sacramenti compesceretur contentiosa litigantium instantia: ut idem Imp. loquitur *in l. 1. C. eod. t.* Cùm † ante ipsum tantùm speciale jusjurandum de ca 5
lumniâ, quod hodiè juramentum malitiæ, docendi ac distinguendi causâ vocant, receptum esset. Tale est verbi gratia id, quod præstat, qui alteri jnsjurandum defert in judicio. Nam & jure veteri is prior de calumnia jurare debet *l. 34. jusiurandum §. 4. qui iusiurandum & l. 37. si non fuerit. ff. de iureiurando. l. 11. §. 1. ff. de actione rer. amot. l. delata. C. de verb. cred. & iureiur.* Item tale est, quod præstat is, qui alteri novum opus nunciat. *l. 5 de pupillo §. qui opus. ff. de operis novi nunc.* Item, qui postulat sibi caveri de damno infecto *l. 13. qui damni. & §. si quis cum duobus. §§. seq. ff. de damno infecto.* Item qui sibi postulat satisdari alibi, quàm ubi potest Reus. *l. 8. de die. §. iubetur. ff. qui satisd. cogant.* Item, qui postulat rationes sibi edi. *l. 6 §. exigitur. ff. de edendo.* Item qui desiderat, ut liceat sibi quærere atque effodere in alieno fundo thesaurum suum, cujus memoria extat, (qui quidem impropriè thesaurus appellatur.) *l. 15. ff. ad exhibendum.* Item qui desiderat inspicere, & describere aliquid ad causam testamenti pertinens. *l. 3. C. quemadm. test. aperiant.* Item qui fideicommissum sibi relictum esse contendens ab herede, vel legatorio, vel fideicommissario, non potest id probare, & juramentum defert ei, à quo petit: nam hic quoque prior jurabit de calumnia. *l. ult. C. de fideicomm. & §. ult. Instit. de fideicommiss. her.* vide & Cujacium *ad Nov. 49. c. 3.* ubi etiam diligenter agit de ll. quibus tractatur de speciali jurejurando calumniæ, sive veteri, quod in variis causis præstatur: non tantùm de litis contestatione, de qua est novum, seu Justinianeum hoc juramentum calumniæ, de quo *in Novv. nostris.* Dices, † atqui generalis illius de calumniâ jurisjurandi mentio fit etiam in Pan 6
dectis verbi gratia in *l. 44 §. qui familiæ. ff. familiæ erciscun.* item in *l. 34. ff. de iureiurando.* ut proindè non videatur primum à Justiniano introductum, ut dicebam *in l. 2. C. de iureiurando propter calumn.* Resp. à viris doctis animadversum est, leges illas interpolatas esse à Triboniano, qui verba quædam adjecit Jurisconsultorum scriptis: idque satis ostendit vel barbarismus ille, *ad inficias ire.* Latini enim dicunt *ire inficias*, non, *ad inficias.*

Capita † jurisjurandi hujus de calumniâ ferè quinque constituuntur 7
à Doctoribus, quæ etiam numerantur in statutis Noricis *tit. 6. l. 2.* & in ordinatione judiciariâ Electoris Palatini, Ducis Brunswicensis, & aliis. Doctores autem complexi sunt quatuor versiculis, quos etiam retulit Ferrariensis Practicus *in formâ libelli, in actione reali, in fine.* & Rosbach. *t. 50. in processu iudic. nu. 11.* Primùm uterque litigantium jurat, se non calumniandi animo litem movere, se non calumniæ causâ litem intendere, aut excipere, aut inficias ire & resistere: sed quòd credat atque existimet, se bonam causam habere. *d. l. 44. ff. familiæ erciscund. & d. l. in pr. C. de iureiur. propt. calum. dand.* Item *in Novellis nostris.* Unde etiam vulgò hoc jusjurandum dicitur CREDULITATIS. Bart. & alii *ad d. l. 2. §.*

quod obſervari. & Ferrarius *d.loco* Item Mynſingerus *ad Inſtit. tit. de pœnâ temerè litigant. §.1.n.12.* Secundò jurat uterque, ſe veritatem dicturum, quoties cunq; in jure fuerit interrogatus. Azo *in ſummâ Cod.d.t.n.1.& Gloſſ.in cap. 1.extr. eod. t. de iureiur.* Atque hæc duo capita ſola putat Giphanius ex jure noſtro contineri in illo jurejurando: reliqua tria fuiſſe ab interpretibus addita: cùm non propriè pertineant ad hoc jusjurandum. verbi gratia, quod tertio loco juratur utrinq; ſe nihil prorſus in præſenti causâ cuiquam, niſi illis tantùm, quibus jura permittunt, dediſſe, promiſiſſe ve, aut daturos, promiſſurosve eſſe; neque per ſe, neque per interpoſitam perſonam. *Auth. principales. C.d t.& Nov. 124.* ubi docet Cujacius olim quoque ex Senatusconſulto juraſſe litigatores, priusquam agerent, nihil ſe ob advocationé cuiquam dediſſe, promiſiſſe, caviſſe: allegans ad hoc Plinium *lib.5.ep.ſt.* vide quoque *Auth. Novo Iure. C. de pœna judic. qui malè iudic* quæ ſumta eſt ex *ead. Nov 124.c.2.* Quartò jurant litigantes, ſe falſis teſtimoniis, aut probationibus non uſuros: quod tamen caput ad ſecundum referri poſſe videtur. Quintò jurant, ſe nullam dilationem dolo malo, & per calumniam, protrahendæ litis causâ, petituros: quod vocatur à Cujacio *ad Nov. 49.* Jusjurandum dilationis; nec probationem ullam niſi neceſſariam ad adverſario exacturos *l.1.in pr.& Auth. Hoc ſacramentum, & Auth. in iſto. C.d.t. & d. Nov. 49.cap 3.*

8. De † perſonis quæ jurent de calumniâ, ſciendum eſt primùm, utrum quetàm Reum, quàm actorem hoc jusjurandum præſtare debere: & quidem ipſas principales perſonas; vel alterâ parte præſente, vel ejus procuratore: vel ſi una pars abſit, nec procuratorem habeat; apud acta. Interdum tamen ad quosdam mittitur domum: verbi gratia ad matremfamilias, id eſt, mulierem honeſtæ vitę. Quæ omnia latiùs declarantur *in d.l.2.& d. Auth. principales.* C. *de iureiur. propt. calum.* Pro pupillis autem & minoribus jurant ipſorũ tutores & curatores: pro filio jurat pater legitimus eius adminiſtrator; pro eo cui datus eſt curator bonis: pro orphanotrophio, ipſe orphanotrophus; pro Eccleſiâ œconomus: pro univerſitate Syndicus, ſive actor municipii. Sed hoc ita demum, ſi & legitimam habeant adminiſtrationem, & negotium ipſis non ſit ignotum. Habentur hæc *in d.l.2.§.quod obſervari, & §.hoc etiam. junctâ Auth principales in fin.* C. *d.t.* ubi etiam videatur Azo *in ſumma.* Item *cap.3.6.& ult.ext. de iureiur. calumn.* Item ſpeculator *lib.2.tit. de iur.cal. §.1. & §. reſtat.* Sic aliàs quoque jure noſtro, nomine municipum jurant ij, per quos geruntur res municipii: ut eſt in *l.97.ff. de condit. & demonſtrat.* De procuratore, an per eum præſtari poſſit hoc jusjurandum de calumniâ; videatur Bartolus, cum aliis, *ad l.13 § ult ff. de damn. infecto.* & Gail. *lib. 1.obſ.83.& ſeqq.* Item Wilhelm. Hannetonius *in tractatu iudiciar. parte 2. ſub rubr. de iure calumniandi.* Receptum eſt autem ferè, ut ſi abſit principalis ac in judicium venire prohibeatur, tùm poſſit procuratori ſuo ſpeciale mandatum dare de jurando tàm in ſuam ipſius, quàm principalis animam. *cap. ult. de iur. cal. lib. 6* quod etiam ſtatutis quorundam locorum approbatur: ut in Reform. Norica *tit. 6. l. 2.* Veruntamen poteſt judex interdùm, inſpectâ qualitate perſonarum principalium, non admittere procuratorem, etiamſi ſpeciale mãdatum habeat: ſed

ſed jubere, ut ipſimet jurent principales. *d. cap. 3. extr. de iura. calum. lib. 2.* & ibi Cujac Item Hannetonius *d. parte 2. p. 27.* Quæritur † hîc, an clericis permittatur hoc jusjurandum? Et quamvis olim conſuetudine receptum fuerit, ut remitteretur; tamen Pontifex ipſe illam abrogavit, *in cap. cæterùm. 5. de iur. calumn. l. b. 6.* Fatetur enim Bonifacius Octavus (quæ ingenuitas ſanè laudanda eſt etiã in homine cæterùm illaudato) frequentes eſſe calumnias in ſpiritualibus quoque cauſis. *cap. 1. §. ult. d. t.* novis autem morbis, ut ait, nova convenit præparari antidota. Parentes † autem & patroni hoc jusjurandum præſtare non coguntur; cùm in his ſuſpicionem & metum calumniæ non admittat reverentia & honor, qui ipſis debetur à liberis & libertis. *l. 16. & l. 34. §. qui iusiurandum. ff. de iureiurando. l. 8. §. 5. ff. qui satisdare cogun. l. 13. §. pen. ff. de damn. inf. & l. 7. ff. de obſequiis, &c.* Semper enim honeſta & ſancta videri debet liberto & filio perſona parentis & patroni. *l. 1. & l. 9. ff. d. t. de obſequiis.* Hic tamen non diſſimulo, in diversâ ſententiâ eſſe Dominum Giphanium: qui putat, jusjurandum iſtud neque patrono, neque parentibus remittendum eſſe, & *in d. l. 34* legendum eſſe: NEQUE pro ÆQUE. Et tantum quidem de perſonis: quibus tamen & hoc addendum eſt: neque dominum vaſallo, neque vaſallum domino jusjurandum calumniæ præſtare cogendum eſſe. *§. in quibus. lib. 2. Feud. tit. 33.* qua de re dixi *in partitionibus illius juris.* Ratio eſt: quia inter has perſonas nulla ſuſpicio ſiniſtra, nulla fraus locum habet, nullum malum ingenium, ut Feudiſta loquitur, intervenire debet. 9 10

Sequitur † de rebus ſive de cauſis. In omnibus autem cauſis hoc jusjurandum, ſi exactum ſit, præſtandum eſt, ſive judicium ſit privatum & civile ac pecuniarum, ſive ſit publicum & criminale, ſive ſeculare, ſive ſpirituale: tametſi olim in ſpiritualibus non juraretur de calumniâ. *l. 1. in pr. C. d. t. de iureiur. propt. cal. & cap. 1. §. ult. de iura. cal. in 6.* Præterea non tantùm in primo judicio, ſed etiam in ſecundo, appellationis, hoc jusjurandum præſtandum eſt: etiamſi in primâ inſtantiâ jam antè ſit præſtitum *cap. 2. in pr. de iura cal. in 6.* Quod & Rob. Maranta & Hannetonius, & Reformatio Norica *tit. 10. l. 2.* probant. Sed † de cauſis criminalibus quod dicebam, in his quoq; de calumnia jurari, non caret dubitatione. Nam contra Johannem, Bulgarum, Hugolinum & Azonem (quorũ ſententiam probabit Imperator Fridericus *tit. de pace tenendâ. in uſibus Feud.*) ſentit Martinus; nempe in criminalibus de calumniâ non jurari: idque verius eſſe, docet Cujacius non ſolùm *in expoſit. N. 49.* ſed etiam *ad cap. 1. extr. de iur. calumn.* Ideò ſcilicet quia in judicio criminali ſufficiat ſubſcriptio in crimen, facta ab accuſatore: reo autem omnia conſervandæ ſalutis honeſta ſunt: Reſpondet quoque ibidem iis, quæ objici poſſint ſententiæ Martini, ut dictum *cap. 1. extr. de iure. cal. & l. ult. C. de fid. Inſtrum. l. 1. & 2. C. de iureiur. propt. cal.* A rebus † autem in quibus hoc jusjurandum præſtatur, excipiendæ ſunt cauſæ Feudales, de quibus paulò antè admonui. 11 12 13

De † tempore præſtandi juramenti calumniæ ſciendum eſt, id vel in ipſo primordio litis, id eſt, dùm lis conteſtatur, vel ſtatim proximo termino poſt litis conteſtationem, præſtandum eſſe. *d. l. 2. in pr. & §. ult. C. de iureiur. p. opt. cal. & d. N. 49. 3.* 14

49.c.3.Maranta parte 6.de ord.indic.tit.de Iuramento,act 1. Quod ſi tunc non exigatur,tacitè videtur remiſſum, quod quidem uſu receptum eſt, ex Hoſtienſi *in ſumma Decretal.d.t.de iur.cal.* Poteſt tamen interdum etiam poſteà in qualibet parte litis jurari,*cap.1.in pr.de iur.cal.in 6.* Intellige, ſi fortè altera pars abfuerit, *l.2.§.ult. C.d.t.* Imò etiam poſteaquam in causà concluſum eſt, poteſt judex adhuc ex officio hoc jusjurandum exigere,ut teſtatur Gail.*lib.1.obſ.84.n.6.* Semel autem præſtitum, non eſt ſæpiùs iterandum, ut & ſuprà dixi *ex Authent. Inſto C.d.t.*

15 Sed † quæſtionis eſt,an hoc jusjurandum remitti poſſit,& an vitietur judicium,ſi prætermittatur? Reſpondeo: ſi exactum ſit,adeò eſt de ſubſtantiâ judicii,ut omiſſum reddat judicium pro jure nullum:ac ne quidem poſſit tolli conſuetudine,vel ſtatuto,*d.l.2.§.ſed quia veremur.C.d.t.& c.5.extr.de iur.cal. c.3.extr. de fideiuſſor.cap.1.& ibi Dd.de iura.cal. lib.6.* Sin autem non fuerit exactum, ſed tacitè omiſſum ſive præteritum:eius omiſſio ſive præteritio non vitiat proceſſum *d.cap.1.* & Gail.*lib.1.d.obſ.84.num.2.cum ſeqq.& obſ.ſeq.nu.2.argum.l.34,§.qui jusjurandum;in verbis:ſi hoc exigatur.ff.de iureiur.* quam ſententiam probant etiam Statuta Norica *tit.6.l.2.* Ratio,cur expreſsè remitti non poſſit jusjurandum calumniæ, eadem eſt, quæ in reprobatione pacti, ne dolus futurus præſtetur: quia ſcilicet utraque hæc remiſſio invitaret ad delinquendum & calumniandum. Deinde quia jus publicum pactis privatorum immutari non poteſt.*l.38.ff. de pact. cum ſimil.* Jam verò hoc jusjurandum introductum eſt pro communi utilitate,non pro commodo privatorum,ut ait Imperator *d.l.2.§.ſed quia vere-*
16 *mur.* Quod † tamen dixi de conſuetudine & ſtatuto, per ea non poſſe tolli jusjurandum calumniæ:ei ab aliis contradicitur nec immeritò. Conſtat enim de Jure Saxonico & generali conſuetudine illius fori, ſublatum eſſe hoc generale jusjurandum calumniæ,ut teſtatur Math. Weſembecius *ad t. C. de iureiur. propt.cal.num.5.& num.13.* poſt Chilianum König *in proceſſu cap.67.§.ult.* Ratio eſt,ut vitentur multa perjuria, quæ committuntur, ubi jusjurandum hoc frequentatur:quod ſanè periculum jam olim animadverterunt, & admonuerunt. Baldus *ad l.ſi poſt.C.de evict.* & Mar.*d.actu 1.n.11.*

17 Poſtremò † de pœnâ recuſantis hoc jusjurandum,ſi exactum ſit,admonendi ſumus:actori quidem,ſi id detrectet, denegari actionem, à qua tanquam improbus litigator cadit, & à judicio repellitur: reus verò id recuſans, habetur pro confeſſo,in quem nullæ ſunt partes judicis,niſi ut condemnet eum, & ſolvere cogat.*d.l.2.§.quod ſi actor & §.ſin autem reus.cap.ult. in fin. extr. de iur.cal. & in Reform.Noric.tit.6.l.2.* cujus tamen rei exceptionem addit Gail. *d.obſ.84. num.7.* nempe,ſi per imprudentiam & ſine malitiâ is,à quo exactum fuit hoc jusjurandum,prætermiſerit. Alia quoque eſt exceptio: niſi poſtea actor, vel reus ante ſententiam à judice latam paratus ſit adhuc jurare,atque ita contumaciam purgare:Nam & hic audiendus eſt,eâque ratione pœnam modò dictam effugiet: ut rectè annotat Hanneton.*par.2.tit.de iur.cal.pag.28.b.*

18 Poſtremò † de effectu jurisjurandi calumniæ vid.Lud. Gilhuſ. *cap.5.arboris indiciariæ,ramuſc.8,n.19.20.& 21.* Plura quoque de hoc jurejurando videri poſſunt.

apud

Digitized by Google

apud Ferrarienſem Pract. *in forma libelli in actione reali*, & Doctores *in l.13. §. penult. ff. de damno infecto.*

CAP. XX.

De aliis quibusdam ſpeciebus juris jurandi.

Ad N.8. N.48. N.51. & N.72. Item ad N.1.

SUMMARIA.

1 *De iureiurando magiſtratuum & præſidum: ex Nov 8.*
2 *Iurari per B. Virginem Mariam, Archangelos, & quatuor Evangelia, à Iuſtiniano conceditur: ac noſtris moribus rectè reprobatur.*
3 *Iusiurandum ſpecies quædam cultus divini eſt: ideoq; per ſolum DEVM iurandum.*
4 *De iureiurando quo moriens ſubſtantiæ ſuæ modum definivit: ex Nov. 48. remiſſivè.*
5 *De iureiurando tutoris: ex Nov. 72. remiſſivè.*
6 *De iureiurando heredis ex Nov. 1. remiſſivè.*
7 *De iureiurando impudicarum mulierum, ne ipſis liceat ad bonam frugem redire, per Nov. 51. ſublato.*
8 *Iuriisiurandi gratiam facere olim fuit Principum: hodiè Pontificum: ſed tamen etiam Camera Imperialis.*
9 *Plura de iureiurando, remiſſivè.*

PRæter jusjurandum calumniæ de quo *ſuperiori capite* dictum eſt, ſunt & alia juramentorum genera: cùm in reliquo jure noſtro, tùm in ipſis Novellis; quæ proindè breviter in hoc caput coniiciemus. Inprimis † autem huc pertinet celebris illa & horrenda formula juris jurandi, quæ ex jure Novellarum præſtanda eſt Magiſtratibus, ſive præſidibus, quâlibet adminiſtrationem ſuſcipientibus, & extat *in appendice Nov.* 8. Tantùm † obſervetur, quod ibi æquè dicitur jurandum *per ſanctam glorioſam Dei genitricem, & ſemper virginem Mariam*; Itemque *per Sanctos Archangelos, Michaelem & Gabrielem*; nec non *per quatuor Evangelia*: æquè inquam, ac *per DEVM omnipotentem, & Chriſtum, & Spiritum Sanctum*: id moribus noſtris reprobatum eſſe: qui didicimus per ſolum DEUM jurandum eſſe; quod etiam fatetur Cujacius *in Recitat. ſuis ad tit. de iureiur. lib. 2. Decret. c. & ſi Chriſtus. 26.* per ſolum, inquit, DEUM eſſe jurandum, quia ſoli DEO honor & gloria: quam ad rem allegat & Tertullianum *de idololatriâ*. Poſſunt quidem ſine pietate & idololatriâ proponi in conſpectu jurantis ſacroſancta Evangelia, & manu vel duobus digitis prioribus tangi, quod *corporale iusiurandum* dicitur, & à Græcis σωματικὸς ὅρκος, ut notavit Cujacius *ad Nov. 51. & in parat. Cod.* Idque etiam dici poteſt, *jurare per ſacroſancta Evangelia*: veruntamen hoc firmiter tenendum, per nullam creaturam jurandum eſſe, ita ut ea invocetur, ſed ſoli DEO deberi honorem & cultum adorationis & invocationis, ut qui ſolus ſit καρδιογνώστης, ſcrutator cordium, ſuamque gloriam, ut fortis zelotes cum alio non communicet. Eſt † autem quædam ſpecies adorationis, ſeu invocationis cultusque divini etiam jusjurandum, quod fit cum obteſtatione nominis Divini. Hanc enim vim habet illa obteſtatio, ut Deus, quàm verè DEUS eſt, liquidò jurantem tueatur, pejerantem

1

2

3

CAP. XXI.

DE PROBATIONIBUS IN GENERE: nec non de præſumtionibus: quarum exempla quædam *ex* N. *22. 29. &* 136. colliguntur.

SUMMARIA.

1 *Commendatio huius materiæ.*
2 *De probationibus in genere per pauca in Novellis habentur.*
3 *Probationum duæ ſpecies præcipuæ, Teſtes & inſtrumenta.*
4 *Iusiurandum propriè non eſt probatio.*
5 *De probationibus, tractatus Maſcardi.*
6 *Axiomata varia de probationibus.*
7 *De præſumptionum vocabulo, & vi atque effectu.*
8 *Præſumptio per probationem contrariam elidituꝛ.*
9 *Præſumptiones ut & probationes, debiliores vincuntur a fortioribus.*
10 *Axiomata de præſumptionibus, remiſſivè.*
11 *Exempla quædam præſumptionum, ex Novellis collecta.*

IN judiciis † quantum momenti habeant PROBATIONES, vel 1
hinc æſtimari poteſt, quod actore non probante, qui convenitur etſi nihil ipſe præſtiterit, tamen obtinebit: ut reſcribit Imperat Antoninus *in l. 4 qui accuſare. C. de edendo*, & probationibus deſtituto, proverbialiter dici poteſt illud, quod ſcribit Paulus: non tibi ius, ſed probatio deficit *l. 30. duo ſunt Titii. ff. de teſtament. tut.* Maxima quoque in eo obiicitur difficultas, an & quando ſatis probatum ſit? Nam ius quidem certum eſt & eſſe debet: facta autem plerunque etiam prudentiſſimos fallunt. *l. 2. ff. de iur. & facti ignor.* quæ cauſa eſt, cur & in digeſtis Jurisconſulti, & in Codice Imperatores, & in Decretalibus Pontifices, tàm diligenter hoc argumentum tractàrint: ut nunc omittamus Rhetorum ſcholas, qui non minùs multi ſunt in doctrinâ probationum explicandâ.

In † Novellis noſtris ſanè perpauca ſunt, quæ in genere ad probationes 2
pertineant. Plura hîc de ſingulis probationum ſpeciebus afferuntur, ut de teſtibus (N. 90.) & de fide inſtrumentorum, (N. 44. cum aliis) ſciendum † enim eſt, has duas principes eſſe ſpecies probationum. (*l. in exercendis. C. de fid. inſtrum.*) tametſi ab aliis etiam plures conſtituantur: & aliqui etiam iusiurandũ ad hoc genus referant: quod † tamen ab aliis potiùs relevatio ab onere pro- 4
bandi, quàm probatio eſſe perhibetur. Et notandum eſt, non debere quem adigi ad iusiurandum, qui habet ſufficientes probationes ſuæ intentionis *cap. 2. extr. de probat.* Eſt enim iusiurandum, ut eleganter vocat Imp. noſter *in Nov. 72.* πλοῦτος κατα φυγὴ, id eſt, extremum refugium ſive ſubſidium: qua appellatione procul dubio reſpexit ad dictum Apoſtoli *ad Hebræos c. 6.* De † probatio- 5
nibus autem tria ſatis grandia volumina ſcripſit Joſephus Maſcardus: ubi docet potiſſimùm, quid & quomodo probandum ſit: eaq; volumina in epitomen quandam contraxit Gilhuſius *in arbore iudic. c. 6 parte 1. per totum.* Hic † col- 6
ligi poſſunt varia de probationibus axiomata verbi gratia: *non ſufficit dicere, ſed*

oportet probare. Unde eleganter Salvianus *l.4.de gubernat. Dei: improbabiliter dixerimus, nisi quod diximus comprobamus.* Et *eodem l.b. per hoc, quod probare non valeat, quia fit sic omnino habendum esse quasi non sit.* Quò pertinet, quod alibi dicitur in jure nostro: *non esse & non apparere sive non probari paria sunt.* Item: *probationum facultas non est angustanda:* Item *probationes non sunt recipiendæ ante litis contestationem, alioquin præposterè agetur. cap. ult.* & ibi Cujac. *extr. de probation.* Item *probationes diversæ coniungendæ sunt; ut quæ non prosint singula, multa juvent.* & de adminiculis seu auxiliis probationum vide Cujac. *ad cap. 13. cum causam extr. d. t.* Item *probatio negativæ nulla est, per rerum naturam,* directa quidem. (Nam obliquè potest doceri negativa) *l. actor. C de probation. & l.10. C. de non numer. pecun.* Cujac. & alii *ad c.11. quoniam contra extr. de probation.* Item, *In iudiciis duplicibus, quia uterq; est actor & reus, probationes etiam ab utraq; parte exiguntur. cap.3.* & ibi Cujac. *extr. de probat.* Item, *quia reus in exceptionibus est actor, idcircò ipse quoq; non minùs suas exceptiones probare debet, quàm actor suam intentionem. l. in exceptionibus ff. de probationibus.* Similia cujusque diligentiæ relinquo colligenda & observanda, quorum usus est quotidianus. Satis pro instituto nostro de probationibus in genere: sequitur alterum capitis membrum, quod erat de præsumptionibus.

7 PRÆSUMPTIONES, † quas Græci vocant προλήψεις, Germani Vermuthungen/ Ciceroni in Partitionibus oratoriis sunt *verisimilia: Verisimilia* inquit, *partim singula movent suo pondere, partim etiamsi videantur exigua esse per se; multam tamen, cùm sint coacervata, proficiunt, &c.* Dicuntur etiam Latinis *indicia*, ut in *l.19. C. de rei vindic.* ubi de earum vi memorabilis est sententia Imperatorum Dioclet. & Maximin. *indicia certa, quæ jure non respuuntur non minorem probationis, quàm instrumenta continent fidem*: hoc est, præsumtionum jure approbatarum non minor vis est, quàm aut instrumentorum, aut testium, ut docet etiam Cujac. *ad rubr. extr. de præsumtion.* Imò etiam tanta nonnunquam vis est præsumtionum, ut vix admittantur contrariæ probationes: ut ibid. docet Cujacius, aliquot adductis locis Juris Canonici. Atque hæ sunt, quas Interpretes vocare solent *præsumtiones Iuris & de jure:* Ita enim distinguunt vulgò præsumtiones, ut aliæ sint *præsumtiones hominis*, aliæ *præsumtiones legis*, sive *iuris, & de iure.* vid. Wesembec. *in parat. ff. de probat. & præsumt. num.14.* Sed Giphan. *in supra allegato commentario de divis. iur.* refellit vulgatas illas divisiones præsumtionum: ut & alias, *num.160.* Est autem hic insignis effectus præsumtionis, quòd transfert onus probandi in adversarium, eoque relevat illum pro quo facit, seu, ut loquuntur, militat: Nulla enim probatio ab eo exigitur, pro quo facit præsumtio.

8 *cap. ult. extr. de præsumt.* & Cujac. *ad rubr. eod. t.* Sed † præsumtio illa benè elidi potest per contrariam probationem, ideoque sæpè opponitur præsumtioni probatio. ut *l.24. l.25. l 27 ff de probat. & præsumt. l. ult. ff. quod met. causa. l. generaliter §. si petitum in fin ff. de fideicommiss. libert.* vid & Cujac. *ad d. rubr. decretal.* Ratio, cur præsumtio per contrariam probationem elidatur, illa est; quia in claris cessant conjecturæ, probationes autem faciunt rem claram; quare meritò cessabunt præsumtiones: quippe quæ nihil sint aliud quam coniecturæ quædam & verisi-

Digitized by Google

verisimilitudines. Sicut † autem clavus clavo pellitur, ac truditur: sic etiam 9
in concursu plurium præsumtionum debiliores vincuntur à fortioribus: quod idem etiam obtinet in probationibus. Hîc † quoque in promtu habere oportet multas regulas ac sententias de præsumtionibus. Sed eæ peti debent ab 10
Andreâ Alciato, & Jacobo Menochio. Hi enim duo potissimi authores sunt: qui diligentissimè argumentum istud totis libris sunt persecuti: ex quorum commentariis locupletissimis plurima etiam in compendium contraxit suprà laudatus Gilhusius *c. 6. arb. iudic. part. 7.* quæ tota est de præsumtionibus §§. constans centum octuaginta novem.

Sed videamus † exempla quædam præsumtionum ex ipsis Novellis collecta: ubi hoc præmonuero: præsumtiones, ut & regulas juris duci ex eo, quod plerunque fiat, vel quod fieri soleat: Item ex circumstantiis facti, quo de agitur: ex antecedentibus vel consequentibus: ut & Cujacius verissimè observavit *ad d. rubr. de præsumtion. in pr. & in fin.* Sic lucra Nuptialia ex præsumtione voluntatis, sive, ut Imperator loquitur, κατὰ πρόληψιν, hoc est, ex tacitâ & præsumtâ voluntate nubentium, reservantur filiis communibus, ad eosque pertinent, etiamsi patri heredes non extiterint. *Nov. 22.* & ibi Cujac. Idemque *in d. rubr. decretal.* id repetiit. Sic *Nov. 39.* ex generali pignore seu obligatione omnium bonorum. Item ex fideicommisso generali, quædam κατὰ πρόληψιν excipi dicuntur, de quibus supra *parte 6. ubi de fideicommissis agebamus.* Sic *Nov. 136.* argentarii, qui pacti sunt de usuris sibi præstandis, videntur κατὰ πρόληψιν tantùm de bessibus usuris pepigisse. Hæc ex Novellis: quibus alia quoque adjungi possunt exempla, quæ passim in jure nostro occurrunt & annotata sunt multa à Cujacio *ad d. Nov. 22. prope finem & ad rubr. de præsumt.* quæ hîc non compilabo. 11

CAP. XXII.

DE TESTIBUS.

Ad Nov. 90. junctâ Auth. At qui semel. C. de probation. & Authent. si testis, & Auth. Rogati. Auth. Sed & si quis. C. de testibus. & Authent. Apud eloquentissimum. C. de fide instrumentorum.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Propositio.*
3 *Testes quibus vocabulis indigitentur.*
4 *Dicta testium quibus appellentur nominibus.*
5 *De Novella 90. præmio & occasione.*
6 *Novella 90. in 8 partes distributio.*
7 *Prima pars Nov. 90. de conditione ac qualitate testium.*
8 *Secunda pars d. N. 90 qua l. 18. C. de testibus innovatur, & duplici additione augetur.*
9 *Solutio debiti in scripturam redacti, per scripturam sive apocham, probanda est; aut per testes quinque iuratos, qui solutionem fieri viderint: iuxta l. 18 C. de testibus.*
10 *Additio prima: ut testes illi fuerint rogati.*
11 *Additio altera: ut sufficiat, si testes rogati audiverint confessionem creditoris de solutione facta.*
12 *Testium quis debeat esse numerus.*
13 *De rogatione testium: ubi conciliatio l. 11 ff. de testibus cum Nov. 90. & Auth. Rogati. C. de*

Digitized by Google

testibus.
14 De confessione: & quatenus confessus pro iudicato habeatur.
15 Moribus nostris non est necesse per scripturam aut quinque testes, ut iure Iustinianeo, solutionem debiti in scripturam redacti probare.
16 Tertia Nov. 90. pars: de testibus qui sibi aliisve contraria deposuerint.
17 Quarta Nov. 90. pars: quoties quis possit testium productionem facere: & quâ ratione?
18 Quinta Nov. 90 pars: de testibus absentibus a loco iudicii.
19 Alii casus, quibus testes extra iudicium examinari possint, secundum ius civile.
20 Quid moribus nostris circa testes aliena iurisdictionis observetur?
21 Sexta N. 90 pars: de quibusdam obiectionibus contra personas testium.
22 De eo cui servilis conditio obicitur.
23 De eo cui inimicitiæ obiiciuntur.
24 Septima Nov. 90 pars: de coactione testium.
25 Quinam sint μάρτυρες, sive mediatores, in N. 90 cap. 8.
26 Octava pars N. 90. ut testium productio non fiat absente alterâ parte, sive μονομερῶς.
27 Quid moribus nostris circa hanc rem observetur?
28 Appendix Iustiniani quadruplex ad Nov. 90.
29 Error Ioach. Stephani ad Nov. 90. de testibus separatim & intra secretum iudicii audiendis.
30 Apud Athenienses & Iudæos, testes utrâque parte præsente, & cum iis disputante, examinabantur.
31 Transitio ad reliqua, quæ præter N. 90. de testibus dicenda sunt.
32 Primus locus: de personis testium.
33 Secundus locus de examine testium.
34 Per quos fiat examen?
35 Quo tempore? ubi & memorabilia de examinatione testium ad perpetuam rei memoriam.
36 Quâ formâ modove?
37 Quo loco?
38 De quibus rebus?
39 Quoties productio testium admittatur?
40 Tertius locus: de publicatione attestationum.
41 Quartus locus de iis quæ publicationem attestationum sequi solent; & de vi atq; effectu testimoniorum.
42 Quintus locus. quinam potissimùm auctores de testibus scripserint?

1 DEinceps † à generali titulo de probationibus, (quibuscum etiam præsumtiones coniunximus, exemplo tituli Pandectarum) rectè atque ordine descendimus ad species probationis. Nam hic ordo etiam in utroque jure observatur, tàm in Pand. & Cod. quàm in Decretal. Sunt autem hæ duæ præcipuæ species probationum, testes & instrumenta: quas & Imperator Constant. coniungit *in l. 15. in exercendis. C. de fide instrumentorum: In exercendis litibus*, inquit, *eandem vim obtinent, tàm fides instrumentorum, quàm depositiones testium.* Conferatur etiam *l. 11. emancipationes. C. d. t.* ubi etiam eædem probationis species nominantur. Nam quæ ibi appellantur *personæ*, sunt testiũ personæ. Perinde autem est, sive quis priùs agat *de testibus*, qui est ordo in Cod. & Decretal. sive *de fide instrumentorum*, qui tit. præcedit in Pandectis. Dicemus
2 † igitur sub hoc capite de testibus, & primum quidem afferemus ea, quæ ad explicationem celeberrimæ N. 90. ex qua complures desumtæ sunt Authenticæ in Codice, pertinere videbuntur. Deinde alia etiam de testibus memorabilia atque ad usum forensem accommodata & utilia, breviter indicabimus: Dicturi etiam nonnihil de examine testium ad perpetuam rei memoriam.

3 TESTES, † qui sunt Græcis μάρτυρες, unde *in Epistolâ ad Hebræos* multitudo testium dicitur νέφος μαρτύρων, *nubes testium*: alio nomine à veteribus dicebantur *superstites*, ut *in L. XII. Tabb.* de qua alibi plura, cùm dicitur, *superstitibus præsen-*

præsentibus, nihil aliud est, quàm præsentibus testibus qui scilicet negotiis, quæ inter aliquos geruntur, præsentes superfunt, fidei faciendæ causa. Cujac. *ad rub. Extra. de testibus & attestat. lib. 2. decretal.* Appellantur etiam testes *Sacramentales*, à Sacramento videlicet, seu iureiurando. Si in Jure Feudorum dicitur vasallus iurare cum duodecim sacramentalibus; qua de re dixi *in partition. illius iuris lib. 2. c. ult. ubi de probation. in iud. Feudali.* Præterea vocantur etiam testes *alligati*, à Cicerone *pro Cluentio, & in epist. ad Q. Fratrem*, quod scilicet eos quisque ante judicium alliget placitis, ne cui posteà liberum sit, aut dissimulare, aut subtrahere se asserendæ veritati, ut ex Isidoro annotavit Cujacius *ad cap. 13. Imputari. extr. de fide instrument.* videatur quoque idem *ad rubr. decretal. de testibus & attestationibus.* Porrò † dicta testium vocantur nunc *testimonia*, nunc *depositiones*, nunc *attestationes* & vulgò etiam *attestata.* Testimonia, ut in illo nobili rescripto D. Hadriani, testibus magis credendum esse, quam testimoniis: hoc est, vivæ vocis hîc quoque maiorem esse ἐνέργειαν, ut est apud Plinium *in Epistolis* & apud Hieronymum, quàm testimoniorum, quæ sunt quasi voces mortuæ & mutæ. *l. 3. §. 3. Idem divus. ff. de testibus.* Depositiones dicuntur *in allegata l. 15. C. de fide instrum.* Attestationes denique *int. decretal. de testibus & attestation.* Græci vocant Testimonia μαρτυρίας, & μαρτύρια; quæ vox in Historiâ Ecclesiasticâ restricta est ad eos, qui sanguinis sui testimonio veritatem cœlestem obsignarunt. A quibus separarunt *Confessores*, qui citra sanguinem perhibuerunt testimonium veritati, salvâ vitâ, quantumvis aliis cruciatibus essent affecti. 4

Hæc de vocabulis præmittere volui. Nunc † de *d. Nov 90.* videbimus. In 5 eius proœmio Imp. quædam præmittit, partim de utilitate necessitateque testium: ad probandam scilicet veritatem, & ut patefiant, quæ gesta sunt: cùm multa sint, quæ aliter quàm per testes patefieri non possint; partim de abusu testium: partim denique de scopo & intentione suâ, quòd scilicet non solùm velit anteriorum legislatorum sanctiones confirmare; (quod idem etiam in aliis plurimis Novellis fit, in quibus nihil novi constituitur juris, sed id quod anteà sancitum fuerat, tantùm confirmatur, ut aliàs quoque *in proœmio huius Methodicæ Expositionis* admonui) sed etiam quædam illis adiicere: ad eum nempe finem, ut quantum in se est & omnino fieri potest, falsa testimonia sive ψευδομαρτυρίας imminuat, sive, ut vetus Interpres Novv. loquitur, minoret. Qui quidem scopus legislatoris longè est laudatissimus. Est enim veritas & fides summum in rebus humanis bonum: & falsitas omnis, tanquam pestis quædam Reipublicæ, exulare debet à rebus humanis. Refert etiam Imperator in proœmio historiam quandam memorabilem, insignis falsi, quod in testamento quodam, nescio cuius feminæ, eâ tempestate commissum fuerit in Provinciâ Bithyniâ. Nam cum testatrix quædam inter testandum, sive in ipso actu testandi, priusquam omnia consummasset, morte præventa expirasset; quidam ex testibus in eo testamento adhibitis arreptâ manu defunctæ, ita impositum ei calamum traxit per chartam, ut ipsamet videretur signum crucis annotasse. Hinc ergo ait Imperator se occasionem sumsisse huius Novellæ promulgandæ. Hoc exemplum falsi in testamento commissi, revocat mihi in memoriam simile falsum, de

ſum, de quō ſcribit Julius Clarus *in §. teſtamentum* ubi in lectulum teſtatoris jam defuncti, alius quidam ſe coniecit, & obducto velo, ne à quovis conſpiceretur ſuppoſititius ille teſtator, imitatus eſt vocem defuncti, & ultimam voluntatem inſigni ſcelere nuncupavit. Acceſſit tamen ad hanc N. alia quoque occaſio falſitatis, quam indicat Imp. *cap. 2. in ead.* N. ubi de fortuitis, nec rogatis teſtibus, qui ſe interveniſſe dicunt ſolutioni pecuniæ, de qua aderat ſcripta obligatio, ut infra dicetur. Atque hæc breviter de Novellæ noſtræ proœmio & occaſione: unde intelligimus hanc quoque Novellam ex facti contingentiâ natam eſſe, ut multæ aliæ: veruntamen generalem illâ contineri ſanctionem, non ad ſpeciem aliquam adſtrictam.

6 Quod † ad partitionem Novellæ noſtræ attinet, commodiſſimum videtur, ut, exemplo Cujacii, octo eius partes conſtituamus: quas quidem & ipſe ordo N nobis ſuppeditat.

7 In † primâ agitur de conditione & qualitate teſtium, quod ſcilicet teſtes oporteat bonæ opinionis eſſe, item vitæ inculpabilis & moderatæ (ſic enim vetus Interpres vertit, quod eſt in Græco σπουδαίας) hoc alibi latiùs exponitur, nempe examinari debere in teſtimoniis dignitatem, fidem, mores, gravitatem. *l. 2. ff. de teſtibus. & cap. 1. extr. eod.* Item in perſona teſtium in primis explorandam eſſe conditionem cuiusque, an honeſtæ & inculpatæ ſit vitæ. *l. 3. ff. d. t.* Sic dicuntur teſtes idonei & ſummæ atque integræ opinionis. *in l. 15. teſtium* (aliàs eſt 14.) C. *de teſtibus.* Item teſtes integræ frontis, *in l. 13. quæſitum in fin ff. eod.* Hîc notandæ ſunt ex gl & Br. iſtæ ſententiæ: *Maiorem fidem habendam eſſe ei, qui in dignitate ſit poſitus, quàm plebeio:* Item, *magis credi militi, quàm pagano:* Item, *plus credi diviti quàm pauperi:* quia faciliùs pauperes corrumpuntur pecuniis, quàm divites: Item, *Iudicem de bonitate & legalitate*, id eſt, idoneitate, *teſtis inquirere debere ex eius vicinis*: Nam vicinus præſumitur ſcire facta, & vitam ac mores ſui vicini. *l. cum de lanionis §. aſinum ff. de inſtruct. & inſtrum. leg. l. de minore. § pen. ff. de quæſtio. cap. quosdam, & cap. ſeq. extr. de præſumtion.* ubi Cujac. Item *ſemper præſumi quem bonum & honeſtum, donec probetur contrarium.* Plura de teſtium conditione, & quinam quibus ſunt præferendi, tanquam fide digniores, videantur apud Gilhuſ. *in arb. iudic. cap. 6. part. 2. artic. 1. num. 13. & 6 ſeqq.* Si autem fuerint teſtes ignoti & viliſſimæ conditionis, admittuntur quidem ad dicendum teſtimoniū in ſubſidium, hoc eſt, ſi alii teſtes haberi non poſſint: veruntamen ob ſuſpicionem corrumpendi veri, qua laborant, ſubiici debent quæſtionibus, ſive tormētis. (licet cauſa ſit civilis.) In textu Græco eſt βασάνοις ὑποκεῖσθαι, quod non rectè Græcus interpres vertit, *verberibus*, ſicut & infra, βασάνων πεῖραν, reddidit *verberum experimentum*: fateor quidem verbera etiam pro tormentis adhiberi poſſe Sed latiùs patet verbum tormentorum & quæſtionum, quæ ſunt Græcis βάσανοι Congruit cum hoc loco *l. ob carmen 21. §. 2 ſi ea, ff. de teſtibus* ubi ſine tormētis non eſt credendum teſtimonio arenarii & ſimilium perſonarum: arenarius eſt, qui in arenam deſcendit, ut mercede vel lucri cauſa cum beſtiis ibi pugnet, quod apud Romanos perquam erat uſitatum, ut conſtat ex Hiſtoricis, & Tertulliano, Chryſoſtomo, Salviano, aliisque Eccleſię Doctoribus. Addit quoque

Imp.

Digitized by Google

Imp. quis debeat eos tormentis ſubjicere: nempe vel ipſi judices, ſi ſimul ſint magiſtratus, ſive cum imperio: (ubi notandum quod aliquando concurrant perſonæ judicis & magiſtratus, quem *adminiſtratorem* vertit vetus Interpres, non ſatis commodè. In Græco enim eſt ἄρχοντας: & Accurſius exponit *ordinarium*. ἀρχὰς quoque vertit idem interpres *adminiſtrationes*, pro quo rectiùs eſſet *magiſtratus*, vel imperia:) vel ſi non ſint magiſtratus, in urbe quidem adhibere debere officialem prætoris plebis: in provinciis autem defenſorem loci, quem Julianus in Epitome vocat *defenſorem civitatis*. Imperatori eſt ἔκδικος τῶν πένων. Hoc tamen de torturâ teſtium, licet vilium, in cauſis alienis & civilibus, hodiè non obſervatur, videtur enim nimis eſſe crudele. Et tantum de parte prima Novellæ: ubi præterea notari debet nomen, Σπιδοφείας, quo ſignificantur opifices ſellularii, qui ſordidas artes exercent.

Sequitur † altera Novellæ 90. pars, in qua Imper. innovat conſtitutionem ſuam, quæ eſt *in d. l. teſtium. 18. C. de teſtibus*; non corrigendo eam, ſed ad memoriâ reducendo & addendo, ut verbis utar Accurſij, *ad d. Nov. in verbo: renovamus.* 8

Summa † d. legis eſt: Si debitum aliquod in Chirographum ſit redactum, ſeu inſtrumentum ſuper eo confectum: ſolutio quoq; eius à debitore eam allegante probari debet per ſcripturam, id eſt, per apocham, quam Imp. *in d. l. 18.* vocat *ſecuritatem*, exprimere volens Græcum nomen ἀσφαλείαν, ut & alibi. Scriptura plerunque per ſcripturam reputatur, nimirum ut quo modo quidque ligatum eſt, eodem in contrarium acto etiam ſolvatur *l. 80. prout. ff. de ſolution. & l. 35. ff. de R. I. l. 3. C. ſi minor ſe maior. dixer. l. pen. C. de contr. & commit. ſtip. l. generaliter. C. de non num. pecun.* Per teſtes non poteſt hoc caſu probari ſolutio debiti in inſtrumentum redacti: niſi ſint quinque, qui deponant jurati, ſub præſentiâ ſuâ debitum eſſe ſolutum, id eſt, ſe vidiſſe ſolutionem, dum fieret. Ex quo textu vulgò notant Dd. quod teſtis debeat rationem dicti ſui, ſive cauſam ſcientiæ reddere per ſenſum corporeum, puta Titius ſolvit Sejo centum, quod ſcio inde, quia præſens vidi fieri ſolutionem. Plura de cauſâ ſcientiæ per teſtem judicandâ, videri poſſunt apud Marantam *de ord. iudic. part. 6. ſub cap. de teſtium product.* Hinc legi ſuæ Imperator duo addidit *in d. Nov. 90. c. 2.* unde ſumta eſt *Auth. rogati. C. d. t. de teſt. bus.* quæ eidem legi propterea à b Irnerio rectè eſt ſubjecta. Primùm 9

† teſtes quinque, per quos probanda eſt ſolutio debiti in ſcripturam redacti rogatos eſſe debere, ut ſolutioni adeſſe velint: non autem ſufficere, ſi forte fortunâ tranſeuntes interveniant: Tales enim eſſe ſuſpectos, nec fide dignos teſtes. Sic etiam in teſtamentis adhibitos teſtes oportet rogatos eſſe ad hoc ipſum *l. heredes palàm. 21 §. 1. ff. qui teſt. fac. poſſunt. & l. ult. §. ult. C. de codicill.* Secundò, 10

† poſſe etiam rogari teſtes poſt ſolutionem jam factam, ut adſint audiendæ confeſſionis ergò, quam creditor, cui ſolutum eſt, editurus ſit. Tunc enim etiam ſi teſtes non viderint fieri ſolutionem, tamen per eos probari poteſt ſolutio, quia audiverunt creditorem confitentem ſe pecuniam accepiſſe. Regulariter quidem teſtes de auditu, ut vocant, alieno deponentes, non ſunt fide digni. Aliquando tamen etiam hi admittuntur, ut ducet Cujac. *ad d. N. 90. c. 2.* poſt Accurſium *ad d. l. teſtium. 18. in verbo: præſto. C. de teſtibus.* Quæret aliquis, à quo rogandi 11

sint testes? Et nõn dubium est, quin ab eo, cuius interest instructum esse probationibus solutionis. Talis est autem ipse debitor, qui solvit: Nam solutionem alleganti incumbit eius probatio. *l.1.C.de probation.l.ult. C.de solution.* qua de re latè tractat Mascardus *lit.S.verbo, solutio, &c.*

Multa hîc occurrunt prætereà notatu digna, ut de numero testium: ut de ro-
12 gatione eorundem: ut de confessione: de quibus pauca addam. Et de † numero quidem testium, sciendum est ante omnia, unius testis testimonium regulariter non admitti, adeoque nec semiplenam, ut vocant, probationem constituere. *l.8.iurisiurandi, & ib. gl. & Dd. C.de testibus.* Excipitur Episcopus & miles. *l.non omnes. §.à barbaris. ff.de re milit.* Requiruntur autem aliàs ad minimum duo testes. *l.ubi numerus. ff.de testibus.* quod etiam congruit cum jure divino, secundum illud, *in ore duorum, &c.* In aliis verò negotiis plures: verbi gratia aliquando septem, ut in testamento; ubi interdum etiam octo sunt necessarii: aliquando quinque, ut in Codicillis, & donationibus causa mortis. *l.ult. C.de Codicillis. l.ult. C.de don. caus. mortis.* & quâvis aliâ ultimâ voluntate, præter testamentum. item *in hac N. 90. & d.l.testium.* 18. C. *de test.* Nam quod Joh. volebat duos testes sufficere, si agatur de audiendâ confessione creditoris fatentis, factam sibi solutionem: ea sententia falsa est, & jam olim rectè explosa ab Azone, & Accursio. Aliquando tres requiruntur, ut *l.ult. C. si certum pet.* aliquando & quindecim, ut *l.unicuique. C.de proxim. sacror. scrinior. lib.12.* vid gl. *in d.l.testium, in verbo: præsto, &c.* & plura hac de re tractat Giphan *ad d.l.8. iureiur. C. de testibus.*
13 ubi diligenter de numero testium explicat. Ad † rogationem testium quod attinet, quam requirit *N. nostra* & *Auth. rogati. C.de testibus*, ei non obstat *l.11. ad fidem. ff.de testib.* ubi ait Pomponius etiam non rogatum testem intelligi ad fidẽ rei gestæ faciendam. Nam *d.l.11.* agit de testibus, qui forte fortunâ interveniunt in negotiis eiusmodi, quæ accidunt, & ad quæ non solemus testes convocare. Cujacius ex Harmenopulo vocat huiusmodi negotia συμβεβηκότα, καὶ πρᾶγματα. Accursius videtur velle, quod in *d.l.11.* contineatur regula, à qua sint quatuor exceptiones in jure proditæ. Putabant aliqui, hodiè per ius novissimum omnes testes rogatos esse debere, atque ita *dictam l.11.* per *N. nostram* esse abro-
14 gatam: quos rectè refellit Accursius. Denique † ad confessionem quod attinet; sciendum est, intelligi hoc loco extra judicium factam confessionem. Est enim duplex confessio: una judicialis, altera extra judicialis. Illa fidem facit, & confitenti præjudicat, etiamsi non adsint quinque testes, iiq; rogati. Nam quod dicitur, confessum haberi pro judicato, nec posse confessionem suam infirmare, id verum est tantùm de confessione in jure, seu in judicio factà. *l.56 post rem iudicatam. ff.de re iudic. l.1. & 3. & l.6. in pr. ff.de confessis. & l.un. C.eod.t. l.29. § 1. ff. de donat.* quarum legum in quibusdam quod dicitur absolutè, *confessum, esse vel haberi pro iudicato*, id intelligendum est secundum id, quod plenius dicitur *in d.l.56.* hoc est, *in iure confessum.* plura de confessis affero *ad ll. XII. Tabb.* Videatur et-
15 iam Accursius cum aliis Dd. *in d. Auth. rogati. C.de test.* Si quis † de moribus nostris quærat; non est opus tantâ sollicitudine in probandâ solutione debiti in scripturam redacti: cùm possit etiam probari solutio aliter, quàm vel per apocham

Digitized by Google

cham, vel per quinque teſtes, qui viderint ſolutionem fieri, vel audiverint eius confeſſionem factam à creditore: & certè videtur probationis facultas ab Imp. hic nimis anguſtata eſſe; dùm voluit, non aliter, quàm ut dictum eſt, probari ſolutionem poſſe, quod certè non videtur expedire rebus humanis & favori reorum ac debitorum nimis adverſari.

Tertiò † ſequitur *in Nov. 90. c. 3. v. ſi verò quidam* (ubi rectiùs caput 3 inchoabimus, quam vulgò in editt. fit.) de teſtibus, qui contraria depoſuerunt, ſeu teſtificati ſunt ubi etiam de pœnâ teſtis aliquid additur.. Teſtis aut ſibi ipſi contraria dicit, & varius eſt; aut ab aliis teſtibus diſcordat. Sibi ipſi contraria dicens teſtis fidem non meretur. Si ab aliis diſcrepet iisque ſit contrarius, conſiderabit judex quid à pluribus & fide dignioribus fuerit dictum, & hoc potiſſimùm ſequetur. Rurſum teſtis aut aſtu, ſive dolo malo contrarietatem in teſtimoniis commiſit, aut per errorem ac ſtultitiam, absque dolo malo, contraria dixit, vel ſibi ipſi vel aliis teſtibus. Imperator eleganter opponit Ἐναντίωσιν ἐξετάσεως commiſſam, quod vetus interpres vertit, *aſtu*; Haloander *dedità operâ*; & quæ κατὰ λύσιν ἢ πάνυ, id eſt per errorem contingit. Priore caſu non debet iudex hoc crimen impunitum dimittere, ſed in talem teſtem graviter animadvertere: poſteriore caſu veniam ipſi dabit. Huc pertinet etiam ſententia Pauli *lib. 5. tit. 15.* relata *in l. 16. qui falsò. ff. de teſt.* Extat etiam in comparatione Legis Moſaicæ cum jure Civili Rom. *tit. 8.* Sed de pœnâ falſi teſtis non ita pridem plura dixi *in tractatu de LL. XII. Tabb. claſſ. 2. c. 6.* quò brevior hîc ero. Tantùm obſervetur hîc primò admonitio illa utiliſſima de commodâ interpretatione, qua interdum ita ſanari & conciliari poſſunt teſtium dicta, ut contrarietas evitetur: qua de re agit etiam Lud. Gilhuſius *in arb. iudic. cap. 6. part. 2. art. 1. num. 109. cum duob. ſeqq.* Secundò notetur hîc inſigne erratum veteris interpretis qui κυριώτερα malè vertit *veraciora*, cum Imperator illo nomine ea potiùs denotet, quæ totam cauſam continent. Rectiùs itaque interpretabimur, *principaliora* vel *potiora*. Haloander quoque commodiſſimè reddidit *potiorem cauſæ partem*. Opponuntur his, ea, quæ pertinent ad circumſtantias aliquas rei vel negotii leviores. Et obſervetur hîc faciliùs tolerari in teſtimoniis aliquam variationem vel contrarietatem circa minùs principalia, quàm circa ea, in quibus cardo cauſæ & negotii vertitur. Hæc enim ſunt τὰ κυριώτερα τῶν μαρτυρημένων: quod quidem participium meo judicio ambiguum eſt, poteſtq; non ſolum activè, id eſt, de teſtibus accipi, ut vulgò fit, ſed etiam paſſivè de teſtimoniis, quod fortaſsè rectiùs eſt. 16.

Quarta † Pars *Nov. 90. in cap. 4. quia verò multi &c.* de eo agit quoties quis poſſit teſtium productionem facere: eôque pertinet *Auth. at qui ſemel. C. de prob.* Sed nulla ratio eſt, cur non potiùs ſub *tit. de teſtibus* ea clauſula ab Irnerio poni debuerit: certè non ad probationum materiam generalem, ſed ad teſtium productionem pertinet, & impertinenter ſubiicitur *legi 19. C. de probat.* quam Accurſius *Nov. 90.* obiicit, ut poſteà dicam. Res hac diſtinctione facilè poterit explicari: qui teſtes ſemel, aut his, aut ter jam produxit, is vel renunciavit ulteriori productioni, vel non renunciavit ei. Priore caſu, hoc eſt, ſi renunciavit ulte- 17.

Digitized by Google

riori productioni, (quod Imper. vocat, συμπέρασμα, & vetus Interpres transtulit *concludere*) non amplius ad aliam ulteriorem probationem admittitur. Posteriore casu si quis non renunciaverit, subdistinguitur. Aut enim jam didicit & comperta habuit testimonia, seu depositiones priorum testium, puta quia vel publicata sunt, vel aliter in noticiam eius pervenerunt : & tunc non ampliùs admittitur aliqua productio, ne secunda quidem, vel tertia, multoque minùs quarta: ac ne quidem ex rescripto, vel jussu principis admittitur. Aut nondum percepit vel cognovit priorum testium dicta, neque ex publicatione à judice facta, neq; aliunde, nec per se, nec per advocatos vel procuratores suos, vel quenquam alium: & hoc casu admittetur etiam ad quartam productionem, si tamé juraverit, cùm hoc ipsum, scilicet testimonia à se non didicita, ut loquuntur, sive ea ad notitiam suam non pervenisse, tùm se bonâ fide absque dolo malo vel fraude, vel machinatione, vel quà arte productionem novam non postulare, sed ideò ea usurum, quod illos testes se habere posse anteà ignoraverit. Olim receptum erat ut facultatem quartò producendi testes impetraret quis à principe: sed hoc corrigit Imp constituens, ut non ampliùs opus sit jussione & rescripto principis; sed vi ipsâ legis & jure communi competat alicui quarta productio testium, sub conditione tamen jurisjurandi, de quo dictum. Ratio cur post renunciationem sive conclusionem, item post didicita testimonia, non admittatur nova productio testium; posita est partim in vi ipsâ renunciationis, (nam aliàs quoque tralatitium est, non dari regressum ad jus, cui semel quis renunciaverit. *Dd ad cap. quod semel de R.I. in 6.*) partim in suspicione subornationis & subjectionis. Periculum enim est, ne quis testes novos vel etiam priores, sed reproductos informet atque instruat, ut quod priùs dictum non est, hoc suppleát in gratiam ipsius producentis. Ratio autem cur quarta productio concedatur, cæteris paribus, si quis jusjurandum præstet, hæc est; quia jurisjurandi religio, omnem siniſtram suspicionem abolet. Denique ratio, cur ultra quartam productionem non concedantur plures, vid. apud Accursium *in gl. ad N. nostram*. Notetur hic obiter; supervacuum esse, ut de eo impetretur rescriptum principis, quod alicui competit jure communi. Præterea & hoc notandum; quòd de quarta productione testium diximus, idem etiam probatum esse à Pontificibus ut videre est *in cap. 15. c. 17. c. 19. c. 25. 26. 29. & c. 35.* ibi Cuiac. *in Recitat. extr. de test. & Attestat.* Idemque Cujacius breviter hoc admonet *ad Nov. nostram, p. 306.* Sed quod de jurejurando dictum est id præstari debere ab eo, qui quartam productionem testium postulat, huic obstare videtur, quod satis esse videatur, jam semel de calumniâ juratum fuisse? Respondet Accursius: non sufficere jusjurandum calumniæ, sed opus esse hoc speciali juramento; quia magis timentur quæ ad speciem sunt directa. *argum. l. item apud Labeonem, § hoc edictum. ff. de injuriis. & l. in toto iure. ff. de R.I.* Affert etiam alias duas solutiones *in gl. verbi: sacramento ad d. N. nostram:* quarum postremam tamen ipsemet repudiat, &, quam paulò ante indicavi; præfert ceteris. Sic non obstante eo, quod jam semel generale jusjurandum de calumniâ præstitum est, hodiè in judiciis ubique est receptum ut actor articulos exhibeat mediante juramento dandorum, ut vocant, &

reus

Digitized by Google

reus ſuas reſponſiones, ad eosdem exhibeat interveniente juramento reſpondendorum. Sic idem Accurſius obiicit N. noſtræ *l. 9. officium. ff. de rei vindic. & l. 19. exceptiones. C. de probation.* Sed malè reſpondet eas leges corrigi per hanc Novellam. Imò non corriguntur, ſed tantum hic coercetur multiplex productio teſtium. At illis legibus permittitur reo, exceptiones ſuas probare etiam poſt probationem impleram ab actore, cujus probationes reus jam cognovit. Non pugnant itaque ea quæ de rebus tàm diverſis agunt. Quærunt Interpretes, unde æſtimari debeat numerus productionum, an ex viribus pluribus, an ex dilationibus, an denique ex diebus ſingulis? & hoc poſtremum verius eſt, quippe probatum etiam Leoni & Conſtantino: ut docet Cujacius *hic pag 306.* Et hæc de parte quartâ.

Quinta † pars, continetur *in cap. & quoniam ſcimus*; unde ſumta eſt *Auth.* 18
apud eloquentiſſimum. C. de fide inſtrument. quæ ſubiicitur *l. 18. eod. t.* Agit autem de teſtibus abſentibus à loco judicii: quorum examen vult committi poſſe judici loci, in quo teſtes degunt, miſſis eò procuratoribus partium ex ſententiâ judicis, coram quo cauſa diſceptatur: idque fieri poſſe, ſive extra urbem in provincias, vel contra, extra provinciam in urbem vel extra unam provinciam in aliam, mittendi procuratores ſint. Rationem indicat ipſe Imperator nempe copiam & facultatem probationum, quæ per evocationes teſtium ex remotis locis ad locum judicii videbantur nimis anguſtari: faciliùs autem procedunt, ſi ad teſtes mittatur, ubi ſunt. Dictum eſt autem *ſub capite de probationibus in genere*, copiam & facultatem probationum non eſſe anguſtandam, ſed potiùs ampliandam à judice. Sed tamen, quamvis itaut dictum eſt, teſtes alibi extra judicium examinati fuerint, judicium idcircò non transfertur aliò: quin potiùs ubi cœptum eſt, ibi & terminari debet per ſententiam definitivam; quod ſumſit Imperator, ex *l. ubi & l. ſi is qui Romæ. ff. de iudic.* Porrò legem quam hîc allegat Imperator, tanquam dudum à ſe promulgatam, putet Accurſius extare in *l. 18. Iudices. C. de fide inſtrum.* ſed verius eſt, quod notat Cujacius, eam fuiſſe Græcè ſcriptam, & deſiderari hodiè ſub *titulo C. de teſtibus.* eiusdemque fieri mentionem in *d. l. iudices*, ſicut fit etiam in *h. N. noſtrâ.* Superiora obtinent in cauſis pecuniariis ſive civilibus, quas Imperator vocat *ζητήσεις χρηματικὰς.* Aliud eſt in criminalibus, quæ ipſæ dicuntur *ἐγκληματικαὶ.* In his enim teſtes omnibus modis repræſentandi ſunt judici: ſive in judicium venire cogantur teſtimonii dicendi cauſa. Ratio eſt, quia maximum ibi verſatur periculum: ut proinde teſtibus potiùs credi oporteat, quam teſtimoniis, ut dicebat D. Hadrianus *in l. 3 ff de teſtib.* Deinde quia hoc caſu poteſt etiam aliquando ad torturam perveniri, ut proinde omninò teſtium præſentia neceſſaria ſit. Huc pertinet inſignis locus Taciti *in Dialogo de orator.* quem alii tamen Quintiliano aſſcribunt: *Teſtimonia in judiciis publicis non abſentes, nec per tabellam dare, ſed coràm & præſentes dicere cogebantur.* quem locum laudat & Cujacius *duobus in locis*, non ſolùm *in expoſitione N. noſtræ pag. 307.* ſed etiam *in parat. ff. de teſtibus.* Notandum † hic, eſſe & 19
alios in jure civili caſus, quibus poſſint teſtes extra judicium examinari: ut quando ad egregias perſonas item valetudine adverſâ laborantes & pauperes, & matronas

tronas honestas domum mittitur interrogandi causa. *l.15. ad personas egregias. ff. de jureiur. cap.8. si qui testium*, ubi Cujac. *in Recit. extr. de test. & Attestat.* ubi etiam de sumtibus in examen testium factis, docet, eos præstari debere à producente: quâ de re, sicut & de evocandis testibus, aliàs plura. Et videndus omnino Rauchbar. *quæst. Iur. Civ. & Sax. quæst. 13.* ubi prolixè disserit, an & quando testes extra locum domicilii perhibendi testimonii causa evocari possint. Notan-
20 dum † hoc quoque: moribus nostris, quia valdè confusæ & multiplices sunt jurisdictiones, si quis testis nominatus fuerit judici, qui sub alterius sit jurisdictione, receptum esse, ut judex causæ, ad eum, cui subest testis, scribat, eius que opem subsidiariam ad probandam veritatem requirat *per literas*, quas vocant, *compassus*. Per quas literas ita requisitus, aut ipse examinat testes suæ jurisdictioni subjectos, & attestationes obsignatas mittit ad judicem causę, qui eas suo tempore publicet, vel liberatum suâ obligatione, quoad hunc testimonii actum, mittit testem ad judicem causæ, ut ibi respondeat ad interrogata, quæ sibi fuerint comperta.

21 Sexta † pars N. *90. in c.6. & 7.* est, de quibusdam exceptionibus contra personas testium: ut, si testis dicatur esse servus, vel si inimicus eius, contra quem producitur. De utraque breviter dicam, quid Imperator constituerit. Et perti-
22 net huc *Auth. si testis productus. C. de testibus.* Quod † primùm attinet ad eum, cui servilis conditio obiicitur, præmittendum est illud, quod etiam habet Terentius *in Phormione*: servum hominem causas orare leges non sinunt, neque testimonii dictio est. Unde Impp *in l.11. C. de testibus.* liberi testes, inquiunt, ad causas postulantur alienas. Cui non obstat *l.8. servos. eod. t.* ubi ajunt Diocletianus & Maximianus, servos posse pro facto suo (id est, de facto) interrogari. Nam aliud est testem esse posse in causis alienis: id quod servo negatur *in d. l.11.* & longè aliud, posse interrogari, id est, tormentis, vel quæstionibus subiici, de facto suo: quod de servis affirmatur *in d. l.8.* Porrò distinctione Imp. hic utitur tali: is, cui in testem producto servilis conditio obiicitur, ob quam non debeat ad testimonium dicendum admitti: aut dicit se ingenuum esse, id est, statim à nativitate liberum extitisse: aut dicit, se libertinæ conditionis; id est fatetur quidem se aliquãdo servum fuisse, putà vel natum in servitute, vel casu aliquo in eam redactum: sed ex eà manumissum posteà fuisse contendit. Priore casu, ad testimonii dictionem admittendus est: ita tamen, ut status controversiam ipsi movens possit probare tempore disputationum: possit, inquam, tunc si quas habeat probationes, afferre, quibus doceat, testem hunc esse servilis conditionis: quo probato, eius testimonium planè respuetur, adeoque pro non dicto habebitur (hîc obiter notandum, quod vetus interpres eumque secutus Irnerius, verterint *disputationes*, eas, quas Imp. vocat διαγεγραφας: hodiè in foro vocantur, *salvationes, & Reprobationes*, item *confirmationes & confutationes testium*, vel etiam *exceptiones contra personas, & dicta testium*: vocantur & *allegationes*.) Posteriore casu non antè ad testimonium implendum admittetur is, qui se libertinum dicit, quàm vel exhibeat instrumentum suæ manumissionis: vel affirmans, se id non posse statim exhibere, quia in aliâ regione habeat, aut aliàs ad manum non habeat:

beat dictum instrumentum, hoc ipsum ita esse jurejurando confirmet. Sed tùm quoque reservatur ei, qui excipit contra testem, tanquam is sit servus, facultas ipsum repudiandi, tempore disputationum: nisi tunc instrumentum ab eo proferatur. Hæc de eo, qui servus dicitur, & propterea reiicitur à testimonio: quæ quidem nostris moribus quoniam servis non utimur, non adeo magnum habere usum, fatendum est. Sequitur † de eo, cui inimicitiæ obiiciuntur. Hìc 23
quoque distinguendum est inter inimicitias capitales, & alias. Capitales inimicitiæ sunt; quando inter aliquos judicium capitis agitur, vel lis de omnibus bonis, aut majore eorum parte: ut explicatur *ad §. inimicitiæ. Instit. de excus. tut. & in l. 6. ff duas. §. 17. dat remissionem. ff. eod.* Vel etiam, cùm quis aliter adversarium suum ad mortem oderit, ut loquitur Accursius: qui rectè annotat, duobus hisce modis capitalem inimicum dici, vel à lite capitali, aut omnium bonorum: vel ab odio ad mortem, sive perniciali odio. Hinc ex contrario facilè intelligitur, quænam sint inimicitiæ nec capitales. Si quis igitur testis capitales exerceat inimicitias cum aliquo, contra quem scilicet producitur; putà, quod eum capitis accusaverit &c. hic statim ab initio à testimonio repellitur, ut ne quidé recipiatur id, vel auditum literis consignetur, sive describatur. (vetus Interp. hìc malè vertit, *donec de crimine iudicetur*, cum in Græco textu non sit, ἑως, *donec*; sed ὡς, *tanquam*: & hæc vitiosa versio posteà etiam interpretibus erroris ansam præbuit.) Sin autem aliter inimicus esse dicatur, vel etiam litem duntaxat pecuniariam cum eo exerceat: admittitur quidem ipsius testimonium: veruntamen exceptiones contra ipsum, ut inimicum, reservantur ei, contra quem producitur, ad tempus disputationum: nempe, ut tunc ab eo prolatæ æstimentur, vel ponderentur à judice, an satis sint graves, ac sufficiétes, ut propterea ipsius testimonii fides debeat elevari.

Septima † pars Nov. 90. continetur *in cap. quoniam.* & agit de coactione te- 24
stium: de qua etiam extat *tit. Decret. de testibus cogend.* Sciendum est autem, fuisse olim discrimen inter testes causarum civilium & criminalium: Nam in civilibus causis testes erant voluntarii: in criminalibus inviti quoque testimonium dicebant: ut docet Cujacius *hìc & ad rubr. d. t. decret. de test. cogend.* ex Quintiliano *lib. 5. Instit. orator. c. 7.* Sed Justiniani constitutione tandem effectum est, ut etiam in causis civilibus testimonium denunciaretur invitis. *l. 16. & l. 19 si quando. C. de testib.* Excipiebantur affines & cognati. Videatur Cujacius *lib. 8. obs. 13.* Excipiebantur quoque mediatores, sive, ut Imp. hic, μεσίτας. Nam hi quoque, qui inter aliquos anteà fuerant mediatores, testimonium dare non compellebantur. Hoc mutavit Imp. *in d. c. quoniam verò legem. hac Nov. n.* constituens, ut eo casu, quo utraque pars consentit in ipsum, qui mediator fuerat: Si, inquam, ex utriusque partis consensu citetur in testimonium, compellatur ille etiam nolens, & invitus testimonium perhibere. Sed † non in ter omnes constat, 25
quinam vocabulo μεσίτου, seu *mediatores*, hic accipiendi sint. Aliqui enim praxenetas, id est, conciliatores contractus (Vnderhändeler) intelligendos putant: alii sequestres rei litigiosæ, sive eos, apud quos litigiosa res deponitur: Alii denique sic dici volunt sequestres pacis, seu arbitros honorarios (Schiedsleut)

quorum

quorum ſententiam cæteris præfert Cujacius, auctoritate fretus Conſtantini Harmenopuli *lib. 1. Epitomæ Iuris.* Sed prima ſententia vulgò & in praxi obtinuit. Plura de coactione teſtium videre licet apud Lud Gilhauſ. *in arb. iudic. c. 6. part. 2. artic. 1.*

26 Octavo † capite, quod eſt *in §. & hoc verò.* unde ſumta eſt *Auth. ſed & ſi quis. C. de teſtib.* Conſtituitur, ut teſtium productio non fiat, abſente alterâ parte, ſive μονομερῶς: ſed ut is, contra quem fit productio, moneatur à judice, ſive citetur: atque ita citatus, præſens ſit, & audiat atteſtationes: Exceptio hæc additur: niſi per proterviam, ſive contumaciam abſit: tunc enim non poterit hanc opponere exceptionem, quod productio illa facta fuerit ex unâ tantum parte, ſive μονομερῶς. Ratio eſt: quia per contumaciam abſens habetur loco præſentis, in iis articulis, ubi agitur de ipſius præjudicio: non etiam in quibus verſatur commodum eius. Atque hæc non eſt levis inter alias pœna contumaciæ: de qua ſupra *capite 15.* egimus. Notetur hîc generalis regula: Nullus actus judicialis debet fieri μονομερῶς, ſed utràq; parte præſente omnia ab omnibus fieri debent: niſi alterâ parte abſente per contumaciam. Cujac. *inſ. dicte Nov.* De moribus

27 † noſtris circa hoc caput illud eſt obſervandum: fieri quidem etiam hodiè productionem teſtium præſente ea parte, contra quam teſtes producuntur; ut videat illa pars, quomodo teſtes jurent: ſed in eo diſceſſerunt mores à ſcripto jure, quod poſtquam teſtes jurârunt, pars, contra quam producuntur, jubentur diſcedere, ne audiant examen & depoſitiones teſtium, quæ fiunt apud judicem tantùm, vel auditorem, ſive commiſſarium, teſtibus examinandis deputatum, præſente tantùm ſcriba, vel Actuario, qui teſtium dicta coſignet: additamen ſolet commiſſario aliquis, quem vocant adjunctum: qua de re extant integri tractatus, *De Commiſſariis, & Commiſſionibus*, de quibus noviſſimè & diligentiſſimè ſcripſit Ruther. Rolandus.

28 Ad † extremum hæc ferè quatuor addit Imperator. I. omnia jura, quæ priùs de teſtibus ſancita ſint, debere firma fixaque permanere: quod etiamſi non admonuiſſet, tamen ſatis intelligi poterat ex vulgatâ regulâ *l. 27. ſancimus. C. de teſtam. & l. præcipimus 32. C. de appell.* jus quod non reperitur mutatum, ſtare adhuc creditur. II. Ait, hæc jura eſſe obſervanda, ab omnibus judicibus, tàm urbanis, quàm provincialibus, tàm majoribus, quàm minoribus: de quibus judicũ diviſionibus ſupra quoque dixi, *ſub cap. de judicibus.* III. confirmat quoque ea, quæ priùs fuérant conſtituta de jurejurando judicum, de jurejurando actoris, & rei, ſive, ut ipſe vocat, pulſantis & pulſati: de jurejurando advocatorum: denique de jurejurando teſtium: de quibus omnibus extant *l. 14 Rem non novam. junct. Auth. Hodiè. C. de judic. l. 1. & 2. C. de iureiur prop. cal. dan. cum Auth. ibidem inſertis.* Item *l. 8. iureiurandi. C. de teſtib.* & de pleris que horum dixi *ſupra c. 19. & c. 20.* Addit quoque Imp. quid his omnibus ſpectârit: ſive quo fine iſta conſtituerit: nempe ut puritatem judiciorum introduceret, & conſervaret: ſive ut efficeret, quò illa majori devincta religione incorruptè exerceantur; dum ſcilicet omnibus, qui in judicio verſantur perſuaſum eſt, omnia geri præſente divino numine, & in ipſius conſpectu DEI: quam ob cauſam etiam ſanctorum Evangeliorum

geliorum Codex ſemper in conſpectu judicis poni jubetur, toto cognitionis tempore. I V. Tandem addit, hanc conſtitutionem in futurum atque in perpetuum valere debere: quod pertinet primò ad locum communem, de quo *l. 7. leges & conſtitutiones. C. de LL.* Secundò ad locum de perpetuitate legum: quem tractavi *in proœmio huius expoſitionis.*

Atque hæc hactenus: quibus puto abundè ſatisfactum textui hujus Novellæ explicando. Non poſſum tamen, pro meâ fide, intermittere; quin auditores commonefaciam † de cavendo errore Joach. Stephani: qui *in expoſitione Nov. 29. 90. num. 16.* ſcribit, Imperatorem hìc repetere *legem nullum. 14. C. de teſtib.* videlicet, ut teſtes ſeparatim & intra ſecretum judicis, teſtimonium dicant, propter evitandam ſuſpicionem timoris & falſitatis. Sed Imperator in totâ hac benè longâ Nov. nullo verbulo illius legis mentionem facit, neque nominatim, neque per demonſtrationem, quæ vice nominis fungeretur. Hoc primum. Deinde nusquam Imp. neque in Cod neque in Novv. quicquam cavit de illo modo teſtimonii ſeparatim, ſive abſente parte, & intra ſecretum judicis, dicendi; remotis, ut loquimur, arbitris: imò potiùs contrarium velle ipſum fieri, ſatis intelligi potuit, ex iis, quæ ſupra dixi, *ad cap. 8. huius Novv.* nempè ipſum præſentem audire debere atteſtationes, contra quem fit productio: quod certiſſimum & evidentiſſimum eſt teſtimonium, vel argumentum, malè à quibusdam accipi, quod de ſecreto judicis dicitur *in allegatâ l. nullum. C. de teſtib.* Quaſi ſcilicet judex ab illo ſecreto, id eſt, loco judicii removere atque excludere debeat inter examinandum teſtes, eam partem, contra quam producuntur. Ex illo tamen errore & malè intellectâ lege conſuetudo illa irrepſit; de quâ anteà dicebam. Et hoc etiam Dn. Giphanius admonuit *in tr. ſuo de ord. iud. ſub cap. de probat.* Illa † tamen obſervatio Joach. Stephani erudita eſt, & vera; non ſolùm LL. Solonis apud Athenienſes ita fuiſſe conſtitutum, ut teſtes utraque parte præſente, & audiente, publicè in judicio producti, examinarentur, & Reus atque Actor cum illis diſputarent: ſed etiam apud Judæos idem fuiſſe receptum; quod probat ex hiſtoriâ paſſionis Domini, ubi ſummus Pontifex jubet, ut Chriſtus teſtium dicta adverſus ſe prolata, refutet ſi poſſit.

Porrò † quod *initio huius cap.* pollicebar, me expoſitioni huius Novellæ etiam alia quædam de teſtibus memorabilia ſubjecturum: id nunc præſtabo. Dicam autem primum de perſonis teſtium, qui poſſint, vel non poſſint eſſe teſtes: 2. de examine teſtium: 3. de Publicatione atteſtationum. 4. de illis, quæ publicationem ſequuntur, & de vi & effectu teſtimoniorum. 5. denique quinam potiſſimum auctores de teſtibus ſcripſerint, ad quos recurri poſſit, ſi neceſſitas exigat.

Jam † quod ad locum de Perſonis teſtium attinet; hæc tenenda eſt regula: omnes poſſe teſtimonium dicere, quicunque non reperiantur in numero prohibitorum. Eſt itaque diligenter animadvertendum, an aliquis ſit à jure prohibitus teſtis; prohibentur autem alii quidem ratione propinquitatis, vel neceſſitudinis, vel familiaritatis: alii ratione utilitatis privatæ, ſive commodi proprii, alii ratione infamiæ, quia ſcilicet, ut vett. loquebantur, improbi atque in-

teſtabiles ſint: alii ratione criminis admiſſi, ſive quod ſint criminoſi, ut vocantur. Item alii omninò, ſimpliciterque prohibentur, & arcentur à teſtimonio, alii quadantenus, & certis duntaxat caſibus. Item aliqui excuſantur, & invitis ipſis teſtimonium denunciari non poteſt. Quæ omnia qualia ſint in primis diligenter explicatur à Doctiſs. Jurisconſulto Jac. Omphalio *lib. 5. de uſurp. legum, c. 19. num. 3. & ſeqq. usque ad num. 36.* Videatur etiam Lud. Gilhuſius *in arb. iudic. part. 2. art. 1. num. 12* & de quibusdam etiam eſt cautum in ſtatutis Noricis, *tit. 7. L. 1.* cujus tit. eſt: Von Perſonen die zu Zeugen nicht zulässig ſein. Hîc tamen notanda eſt generalis iſta limitatio: in defectu probationum, quando veritas aliter haberi non poteſt, admitti etiam teſtes, alioqui inhabiles, qui non admitterentur cæteris paribus, & rebus integris, ſi non ita veritas laboraret ab inopiâ probationum. Nam & aliàs in caſu neceſſitatis receditur à regulis juris communis: & ſi idoneiores haberi non poſſint, recipiuntur aliquando minùs idonei.

33 Sequitur † ſecundò de examine teſtium: qui locus latiſſimè patet: complectitur enim iſta omnia, 1. de perſonis examinantibus, ſive per quos fiat examen. 2. quando fiat. 3. quomodo 4. ubi. 5. quibus de rebus. 6. quoties productio teſtium admittatur, & quousque. De † perſonis primùm examinantibus ad-
34 monendum eſt: tametſi regulariter ipſe judex cauſæ debeat, ac ſoleat examen teſtium inſtituere: tamen interdum etiam aliis id negotii dari, quod ſuprà intelligi potuit ex parte, cum dicerem de iis teſtibus, ad quos mittitur teſtimonii causâ, cùm non evocentur ad locum judicii: Item cum dicerem de commiſſario & Adjuncto, cum Notario cauſæ, interdum uno, interdum etiam altero. Secundò † de tempore, ſive quando teſtes recipiendi ſint, atque examinandi, re-
35 gula eſt *in hoc tit. Decret. lib. 2. t. 6.* comprehenſa: ut lite non conteſtata, non procedatur ad teſtium receptionem: oportere, inquam, examen teſtium differri, donec lis fuerit conteſtata. Sed ab hac regula pauci quidam caſus excipiuntur, de quibus videri debet Cujac. *ad rubr. extr. d. t. ut lite non conteſtata, &c.* Inter has exceptiones inprimis eſt notabilis illa: ſi quis rerum memoriæ conſervandæ & ad poſteros propagandæ cauſa, teſtes audiri deſideret: quod quidem ut fiat, variæ cauſæ urgere poſſunt: puta quia teſtes ſint ægroti, quia valetudinarii, quia ſenes, quia peregrè mox abituri, & diu emanſuri, vel etiam nunquam reverſuri: item quia peſtis, alii ve morbi epidemii in aliquo loco graſſantur: ut periculum proinde ſit, ne is qui ipſorum teſtimoniis ſe egere intelligit, & adjuvari poſſe confidit, illis mortuis, vel perpetuò emanentibus, deſtituatur probatione. Hoc genus Galli vocant: *Examen à futuro*, Germani, Zeugſchafft zu ewiger Gedächtnuß: de quo etiam *l. 7. tit. 7. in ſtatut. Noricis.* Sed hîc magna opus eſt cautione, ne quis fortè per tale examen, aut nullitatem committat, aut etiam injuriam faciat illi, contra quem id inſtituit: ſicut memini in causâ quâdam graviſſimâ expoſiti partus contingere: cùm ſponſus, contra ſponſam, quam de eo crimine ſuſpectam habebat, quaſi furtim peperiſſet, quod ex alio conceperat, ideoq; eam repudiare volebat, tale examen inſtituiſſe, in quo requiſita neceſſaria, bonus ille vir, non quidem ex malitiâ, ſed ex imperitiâ non obſervaverat. Nam neq; puellæ eius ve patri quicquam denunciaverat, neque articulos ipſis exhiberi curaverat,

verat, neque coram competente judice examen illud impetraverat, neque depositionibus testium occlusis, sed propalatis ad examen illud processerat. Unde posteà non solùm repudium consequebatur: quod quidem etiam spectaverat ipse sponsus, qui tale examen contra sponsam procuraverat: sed etiam gravissima injuriarum actio nascebatur inter socerum & generum, quæ diutissimè agitata, tandemque in Cameram Appellationum Regni Bohemiæ delata est, & Reus ad Palinodiam condemnatus, præter alia maxima incommoda, in quę occasione examinis hujus incurrerat. Oportet igitur articulos, super quibus quis testes examinari vult ad perpetuam memoriam exhiberi seu communicari illi, contra quem fit productio: quippe cujus interest facere interrogatoria ad illos articulos; eaque exhibere judici; ut super illis non minùs quàm super articulis ipsis testes examinentur: item oportet testes jurare præsente ipso adversario, vel per contumaciam absente, quæ habetur loco præsentis, ut supra dixi: itém si testes sub alia sint jurisdictione, oportet à judice cansę, vel futuro, vel præsente, impetrare litteras compassus, (de quibus & supra nonnihil dixi) adeum cui subjecti sunt testes: præterea oportet rotulum examinis clausum deponere & conservare in judicio usque ad ordinarium sive legitimum terminum publicationis, id est, post litem contestatam: quæ omnia ideò sic constituta sunt, ut omnis cesset suspicio subornationis & subjectionis testimoniorum, & falsi hac in re committendi. Effectus autem hujus examinis ad perpetuam memoriam in eo consistit, quod illa testimonia actori quidem non prosunt, nisi intra annũ agat, sed reo prodesse poterunt quandocunque etiam post annum. Quod etiam annotatum est *in d.l.7.t.7. statutorum suprà laudatorum.* & rationem diversitatis inter Actorem & Reum exponit Andreas Gail. *l.b.1.obser.92.* sumptam ex *l.7.§. ult.ff.de doli mali & metus except.* quia actor quidem in suâ potestate habet, quando utatur suo jure: is autem cum quo agitur, id est, reus, non habet potestatem quando conveniatur. Plura de hoc genere examinis videri possunt præter cæteros apud Rosbach *tit. 59. in tract. de proceß. judic.* Hæc breviter de tempore: de quo tamen & hoc observandum, testes jejunos interrogari & audiri oportere, hoc est, plerunque matutino tempore: quod ferè ubique locorum observatur (in ordinariis scilicet judiciis; aliter in summariis.) *ex cap. Extr. de test. & attestat.* quæ consuetudo laudabilis est. Magna enim hîc res agitur, cùm non nisi juratus testimonium dicat. Ideoque diligenter notari & exceptores ascribere debent attestationibus non solum diem, sed & horam examinis.

Sequitur † tertiò de modo examinis, de quo hæc in summà observentur: 36
debet citari testis à judice competente, debet jurare præsente adversario, vel per contumaciam absente: nisi partes necessitatem jurandi testibus ultrò remittãt, & ut Latini loquuntur, juris jurandi gratiam ipsis faciant. Hoc enim fieri potest ex eâ ratione, quia unus quisque suo favori potest renunciare. Formulæ autem juramenti testium passim extant in omnibus ferè, qui de processu aliquid scripserunt, item in ordinationibus judiciorum summorum, mediorum, & infimorum. videatur etiam novissimè Gilhusius *d loco in arbore judic. num. 8. & seqq.* Solet etiam ju- jurandum præcedere ser. admonitio judicis ad testes, ut cogi-

tent apud animos ſuas, quàm ſancta res ſit jusjurandum & quantæ graves pœnæ perjuros maneant, ut proindè veritatem dicant & perjurium caveant, quod non ſolùm dicendo falſum, ſed & ſupprimendo verum committitur. Deinde ſolent remotis partibus audiri teſtes, eorumque depoſitiones, tàm ad articulos, quàm ad interrogatoria ab adverſâ parte exhibitâ (quæ tamen interdum etiam prudentiæ judicis examinantis permitti ſolent) & diligenter annotari à ſcribâ judicii, & deinde impoſito teſti ſilentio, includi in rotulum, quem vocât, & obſignari, ac reponi usque ad tempus publicationis, quæ fit utrâque parte præſente. Plura videantur apud Rosbach. *tit. 56. num. 36. & ſeqq.* Ad modum illa quoque obſervatio pertinet, ut teſtes interrogentur non catervatim & turmatim, ſive ut Græci vocant ἀθρόως, ſed ſeorſim, καθ' ἰδίαν, ſive per ſe ſinguli: qua de re videatur Cujac. *ad cap. 52. venerabili. extr. de teſt. & atteſt.* ubi non ſolùm alia juris Canonici loca annotat, ſed etiam Longobardorum ll. adducit. Et habemus nobile hujus rei exemplum in Hiſtoriâ Danielis & Suſannæ. Præterea in modo examinis obſervare debet judex, vel commiſſarius, vel alius examinator, vel auditor quilibet teſtium, ut interroget eos etiam de causâ ſcientiæ, ſive ratione dicti ſui. Nam teſtis non reddens cauſam ſcientiæ ſive dicti ſui, præſertim interrogatus de eâ, nihil probat; ut latè docet Gilhuſius *in arbore iudic. cap. de teſt. nu. 124. & ſeqq.* Item ad modum pertinet, quòd judex depoſitionem teſtis deſcriptam debet ei prælegendam curare, priusquàm eum dimittat, ut videat, num omnia ex animi ſui ſententiâ ſint deſcripta, an aliquid corrigendum ſit, &c. Præterea poteſt judex ex officio repetere teſtem, etiam poſt publicationem atteſtationum, ut declaret ſuum dictum, fortè ambiguum vel obſcurum: ex officio, inquam, ſed non ad inſtantiam partis, ut docet idem Gilhuſ. *de teſtibus n. 138.* Hæc breviter de modo examinis, de quo plura peti poſſunt ab iis, qui de officio commiſſariorum ſcripſerunt: ut eſt in primis Rutgerus Rolandus. Quartum † erat
37 de loco examinis, ubi illud inſtitui debeat. Et regulariter quidem in judicio interrogantur teſtes, ſive in ſecreto judicis, ut loquitur *l. 14. nullum. C. de teſt.* poteſt tamen etiam quovis loco alio, honeſto tamen, quem judex elegerit examen habere. *arg. l. pen. ff. de I. & I.* item domi alicujus privatæ, quod fit cum ad perſonas egregias domum mittitur: item in provinciis quoque, non tantùm in urbe, ſi teſtes ſint remotiores, quàm ut evocari debeant in locum judicii, de quo ſupra dictum *in expoſitione ipſius Nov. 90.* Quintò †
38 de rebus, ſive quæ debeat eſſe materia examinis, ſciendum eſt: 1. interrogandos eſſe teſtes non ſolum de articulis, ſuper quibus producti ſunt & quorum habent notitiam, ſed etiam de interrogatoriis, tàm generalibus, quàm ſpecialibus. Nam ſi actor verbi gratia exhibuerit judici articulos aliquos, & nominaverit, ſive loquuntur, ſpecificaverit teſtes cum directorio; id eſt, cum deſignatione ad quosnam articulos unumquenque audiri velit. Reus interrogatoria offert judici, partim generalia partim ſpecialia. Generalia, verbi gratia de teſtis nomine, de ætate, de facultatibus, item an ſit propinquus vel affinis producentis, an ab eo muneribus illectus, aut pollicitationibus perſuaſus atq; adductus ut diceret teſtimonium, in hanc vel illam ſententiam: Item an illi potiùs faveat & victoriam cauſæ optet, quàm

alteri,

alteri, & ſi qua ſunt ſimilia. Specialia de circumſtantiis facti ſingulorum articulorum, quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando, quidve fecerit. Contra ſi Reus ſuper articulis defenſionalibus, vel reprobatoriis teſtes produxerit, tunc actor exhibet interrogatoria partim generalia partim ſpecialia. Uſus autem interrogatoriorum (quæ quidem aliquando etiam judici, eiusque prudentiæ à litigatoribus permittuntur) hic eſt, partim ut tanto magis declarentur ipſa facta per circumſtantias ſuas & veritas meliùs eruatur: partim etiam ut appareat, an ſatis ſibi conſtet, & ſui memor ſit teſtis an verò vacillet, ac ſeipſum implicet aliqua contradictione. Sed de his omnibus prolixiùs videatur P. Termineus *in proceſſ. judic. cap. 37.* Præterea ad materiam examinis hoc quoque pertinet, quod teſtis non debeat interrogari de negativâ: hæc enim probari non poteſt, ut eſt in *l. 23. actor. C. de probation.* ubi multa Dd. tradunt, & *l. aſſeveratio. C. de non num. pec.* videatur etiam Gilhuſ *d. c. de teſt. num. 160.* Adhæc non debet teſtis interrogari de jure, ſed de facto: non debet quoque de ſuâ opinione, vel credulitate interrogari, vel reſpondere, ſibi ſcilicet ita videri: (nam teſtis de credulitate, opinione ac judicio ſuo deponens, non probat. Vide Gilhuſium *d. loco. n.* 141.) Sed de eo quod ipſe vel vidit vel audivit fieri, geri, dici. De auditu enim proprio poteſt teſtis deponere non de alieno, ſive de auditu auditus, ut loquuntur, Von hörſagen, Gilhuſ. *num. 142.* Si igitur teſtis dicat, *videtur*; jure noſtro & moribus non probat: quod etiam monuit Robertus Maranta *part. 6. actu 6. nu. 17. de ord. iud. c.* ubi notanda eſt differentia juris veteris Romani: Nam apud Romanos ſolebant teſtes, hoc, ut Cicero vocat, conſideratiſſimo verbo uti, *ſibi videri, &c.* ut multis probat doctiſs. Buſſonius *lib. 5. de formul. Pop. Rom.* ſicut etiam idem verbum erat judicum in ſententiis, *videri reum feciſſe*: quod exemplis probavi *in notis ad Phædrum, Auguſti libertum.* Et tamen quandoque etiam de credulitate deponens teſtis admittitur: ut cum teſtantur Medici & Chirurgi de qualitate vulneris, an ſit lethale, nec ne: ut docet de hac exceptione notabili Jul. Clarus, *lib. 5 ſent. §. Homicidium num. 43. verſ. intellige.* Sextò † & poſtremò, quoties poſſit fieri productio teſtium ſatis intelligi potuit ex iis, quæ ſupra dixi *ad N. ipſam*: ubi rem iſtam certis diſtinctionibus expedivi. 39

Tertium † erat capitis noſtri principale membrum, de publicatione teſtiũ; dixi ſupra *in fine expoſitionis Nov. 90.* examen teſtium moribus noſtris inſtitui in ſecreto à judice, præſente tantum ſcribâ, remotis arbitris: & dicta teſtium ab actuario deſcripta occludi & reponi aliquandiu in ſcriniis judicii. Tandem verò publicantur, ſive propalàm leguntur, vel eduntur teſtimonia, factâ eorum copiâ illis, quorum intereſt: & fit plerunque publicatio ad inſtantiam eius, qui produxit teſtes: quia ſcilicet illorum teſtimoniis deinceps uſurus eſt ad deductionem & demonſtrationem juris ſui. Debent autem depoſitiones teſtium deſcriptæ communicari cum utroque litigatore petente: & publicari debent, non niſi adverſario citato: ut ſcilicet res omni ſuſpicione careat. Uſque autem neceſſaria eſt publicatio, at ſine hac teſtes non faciant fidem. *l. geſta. & ibi gl. C. de re judic.* Olim & ex jure noſtro non erat neceſſaria ejusmodi publicatio, quia teſtes palàm audiebantur præſente altera parte, contra quam producebantur, ut 40

ſupra dixi, & præter Joach. Stephani *ad N. noſtram*, obſervavit etiam D. Giphanius. Plura de publicatione atteſtationum videre licet apud P. Terminæum *c. 41.* & apud Rosbach. *c. 60. in proceſſ. judic.*

41 Quartò † dicebam, attendendum eſſe, quid poſt publicationem atteſtationum ſequi ſoleat; nec non qui ſit effectus, quæ vis teſtimoniorum. Publicatis igitur atteſtationibus, ſequi ſolent utrinquè diſputationes & deductiones: hoc eſt, ab imâ parte confirmationes & approbationes, &, ut vocant, ſalvationes teſtimoniorum, quatenus pro aliquo faciunt: ab alterâ verò parte exceptiones & impugnationes, ſive confutationes eorundem: quas diſputationes ab Imp. *in Nov. noſtrâ* vocari παραγραφὰς, ſuperiùs docui. Qui teſtes vel eorum dicta impugnare nititur; is varia habet tela & quaſi arietes (ita Cicero vocat exceptiones.) Nam aut contra perſonas, aut contra dicta teſtium excipit. Contra perſonas quidem: quòd teſtes ſint ex numero prohibitorum: quorum prolixus eſt catalogus, qui videri poteſt apud Jac. Omphalium *lib. 5. de uſurp. LL. c. 19.* item apud Gilhuſium *ſub cap. de teſtibus, per plurimos numeros.* Contra dicta verò quòd teſtis ſit ſingularis: (id eſt, nullum habeat conteſtem) quod contrarius vel ſibi, vel aliis: quòd depoſuerit de auditu alieno: quod de ſuâ credulitate, opinione, ac judicio: (obſervatâ tamen illâ inſigni limitatione, de qua ſupra dixi ex Julio Claro) quòd nimiùm animosè vel cupidè depoſuerit: (teſtis enim nimis animoſus & calidus, meritò eſt ſuſpectus, ſuamque cupiditatem prodit. Videatur Gilhuſ. *num. 146.*) item quòd nimis verbosè: quòd extra articulum, vel extra interrogata: quòd præmeditatum ſermonem, & cum aliis conteſtibus priùs communicatum attulerit, & ex compoſito, vel compacto teſtetur, &c. Et ſi quæ aliæ ſunt ſuſpiciones & conjecturæ falſitatis in teſtimonio commiſſæ. Vis & effectus teſtimoniorum ritè publicatorum, eſt, quod teſtes in uno judicio examinati & publicati, fidem faciunt, etiam in alio inter easdem perſonas inſtituto: ut docet Gilhuſ. *n. 154.*

42 Poſtremò † promiſi catalogum ſcriptorum de teſtibus, quem nunc breviter repræſentabo. Igitur præter eos, qui commentati ſunt in *tit. ff. Cod. Nov. & Decretal. de teſtibus*, (qui quidem ſunt longè plurimi.) præter eos etiam, qui de ordine judiciorum ſcripſerunt, ſive de proceſſu judiciario, ſupra *initio huius partis nonæ*, à me commemoratos; integros tractatus fecerunt de teſtibus illi, qui ſequuntur: 1. Nepos de Monte Albano. 2. Jac. Buttrigarius. 3. Bartolus. 4. Baldus. 5. Angelus. 6. Frid. Schenck. 7. Nellus à Geminiano. 8. Fr. Curtius. 9. Andr. Barbatius. 10. Stephan. Aufrerius. 11. Tindarus. 12. Albericus de Malateſtis. 13. Lanfrancus de Oriano. 14. Marianus ſocinus ſenior. 15. Joh. Grotus. 16. Petr. Rebuffus. 17. Ægid. Boſſius. 18. Joh. Oldendorpius. 19. Jodocus Damhouderus. 20. Joh. Campegius. 21. Juſtus Reuberus: qui omnes, excepto Joh. Oldendorpio, in unum volumen redacti, editique Coloniæ Agrippinæ. His addendus eſt Joſeph. Maſcardus *vol. 3. de probat. concl. 1356.* Addendi quoque ſunt obſervationum ſcriptores Miſcellanei, ut Mynſinger, Gail, & Hartm. Hartmanni, & alij; quorum commentarios, ſi quis excuſſerit diligenter, nihil ferè occurret in materiâ teſtium, quod inde nõ poſſit decidere.

His

His addatur Petr. Gregorius Tholosanus *nsyntag. juris univ.* Item utilissimæ aliquot decisiones Franc. Marci, de testibus; quarum index utriusque partis consuli potest: in primis autem videnda *quæstio 485. cum tribus seqq. parte prima.*

CAP. XXIII.

Adhuc pauca de testibus.

Ad Novell. 45.

SUMMARIA.

1 *Judæorum & hæreticorum testimonium judiciale non admittitur contra orthodoxos. ex l 21. C. de hæret.*
2 *Exceptio: nisi per id orthodoxi curiæ vindicentur. ex Nov. 45.*
3 *Ratio exceptionis.*
4 *Non omnes hæretici sunt intestabiles, aut infames.*

NOndum habemus omnia, quæ in Novellis sunt de testibus constituta. Pænè † prætereiam non omittenda, quæ afferuntur *in Nov. 45.* 1
Constituerat Imp. *in l. quoniam. C. de hæretic.* ut Judæorum, vel hæreticorum judiciale testimoninm non reciperetur contra orthodoxos: testamentarium reciperetur. (Notandum est hic, ut alibi passim in jure, duplex testimonii genus: Unum judiciale: alterum testamentarium: sic mulier potest esse testis in judicio: non autem in testamento.) & inter se invicem quodlibet testimonium, tàm judiciale, quàm testamentarium permitteretur: exceptis duntaxat quibusdam improbioris notæ hæreticis. Jam † *in d. Nov. 45.* addit 2
Imperator admitti quoq; testimonium hæreticorum aliquando contra orthodoxos, nempe si orthodoxi curiæ vindicentur. Ratio † quia si testimonium 3
hæreticorum admittitur pro orthodoxis singulis; multò itaque magis admittendum visum est, pro universitate orthodoxâ, id est, pro curiâ: cuius conditio tunc fit melior, quando aliquis eius oneribus se subtrahere volens, ipsi vindicatur atque addicitur. Hanc rationem breviter etiam indicat Cujacius *ad d. N.* ubi † & hoc tandem observat, non omnes hæreticos intestabiles esse, neque 4
omnes infames esse; & rursum, non omnes infames intestabiles esse. *arg. l. 13. ff. de testibus.*

CAP. XXIV.

De probatione per instrumenta, sive, De fide instrumentorum.

Ad Nov. 44. 47. & 73. cum Authinde desumtis, sub tit. C. De fide instrumentorum, & sub tit. Cod. Qui pot. in pign. habent.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Commendatio huius materiæ.*
3 *Propositio dicendorum.*
4 *De vocabulo Instrumentorum: item schedarum, adversariorum, protocolli, (& infrà num. 35.) imbreviatura.*
5 *Defini-*

Digitized by Google

5 *Definitio instrumenti.*
6 *Divisio instrumenti in publicum & privatum: & discrimen inter utrumq; quoad effectum.*
7 *Distinctio inter authenticum sive originale, & exemplum sive copiam: & quisnam utrius q; sit effectus.*
8 *Mos iudiciorum nostrorum, ut authentica cum exemplis exhibeantur.*
9 *Quando etiam exemplis sive copiis instrumentorum credatur? remissivè.*
10 *Authenticum si nimis sit vetustum, quomodo ritè transcribendum?*
11 *Instrumentum quarentigiatum.*
12 *Instrumenta publica, alia verè publica, alia tantùm quoad effectum*
13 *Instrumentorum privatorum species præcipua, libri mercatorum.*
14 *In quâ materiâ debeant scribi instrumenta?*
15 *Quænam sint clausulæ instrumentis insertæ solitæ? remissivè.*
16 *Quanam, seu de quibus rebus, sint præsumptiones illæ quæ pro instrumentis sunt?*
17 *Quanam exceptiones contra privata instrumenta obiiciantur? remissivè.*
18 *An actor possit cogere reum ad edenda contra se instrumenta?*
19 *Si plura instrumenta producantur, cui potissimùm stare debeat?*
20 *An productio instrumentorum etiam possit fieri post conclusionem in causâ? item an post sententiam?*
21 *Summariâ annotatione partium ab instrumento desuper confecto discrepante, cui standum potiùs?*
22 *Quid si quis copias quidem instrumentorum tusto tempore, at ipsa authentica demùm post conclusionem in causâ produxerit?*
23 *Instrumenta an probent etiam quoad alios?*
24 *Instrumenti amissio an noceat parti?*
25 *Instrumentum pro se producens, an id etiam contra se admittere cogatur? remissivè.*
26 *An is qui produxit instrumentum minùs solenne, possit id postea improbare?*
27 *Ad Nov. 44.*
28 *Prima pars d. N. 44. continens occasionem eius constitutionis.*
29 *Summa d. primæ partis: ut tabelliones omnimodò ipsimet per se ab initio usque ad finem adsint contractui, super quo instrumentum facere debent.*
30 *Pœna transgressionis*
31 *Quæ raro contingunt, non impediunt regulam.*
32 *Omnia in controversiam rapi possunt.*
33 *Melius est pauca agere tuto quam multis se immiscere negotiis cum periculo.*
34 *Altera Nov. 44. pars: Ne in alia chartâ parâ scribantur instrumenta, quam quæ habeat protocollum.*
35 *Protocolli etymologia Accursiana inepta.*
36 *Ad Nov. 47.*
37 *De proœmio N. 47. ubi historia de initiis & progressu felicissimo Imperii Romani.*
38 *Consulum nominibus antiquitus denotata tempora.*
39 *De ipsa constitutione Nov. 47.*
40 *Prior Novella 47 pars: ut in instrumentis præmittatur nomen Imperatoris cum anno imperii, item quæ nomen consulis, annus indictionis, mensis, & dies: necnon, ubi mortis est, annus urbis.*
41 *De annis imperii Iustiniani: & de indictione.*
42 *Provincialium consuetudines non vitiosæ, rectè conservantur a principibus.*
43 *Civitates provinciales, ut olim a suo conditu, ita etiam aliquando à casibus inopinatis aut insigni aliqua calamitate annos numerant: exemplo Hammelensium in Saxoniâ.*
44 *Divini nominis invocatio instrumentis præmitti solet.*
45 *De loco specialis celebrati negotii exprimendo.*
46 *De subiiciendâ subscriptione & subsignatione Notarii.*
47 *Anacephaleosis Accursii; Iustinianum statim post natum Christum imperasse scribentis.*
48 *Altera N. 47. pars: ut instrumenta clarâ & vulgaribus literis perscribantur.*
49 *Error Ioachimi Stephani, circa hunc locum.*

---

1 HActenùs † de primâ probationis specie, per testes. (Dico in plurali numero, *per testes*. Non, *per testem*, quia unus testis non probat. *l. 9 C. de testib. & ibi gl. & Dd.* An autem, & quando unicus testis faciat probationem, ut vocant, semiplenam, de eo peculiari capite agit Ludov. Gilhaus-

Digitized by Google

Gilhauſen.) Nunc de alterâ ſpecie, quæ fit per inſtrumenta, dicendum eſt. Neque † verò minùs frequens, aut nobilis eſt hæc ſpecies, quàm præcedens: Nã 2
cum hominum memoria ſit labilis *l. 44. peregrè. ff. de acquir. poſſ.* & vita brevis: inventum eſt hoc remedium ad procurandam perpetuitatem aliquam, ut de iis, quæ geruntur, vel contrahuntur, vel etiam quæ morituri diſponunt, fiant ſcripturæ; quæ non tàm facilè abolentur, aut depereunt, ut hominum memoria, unde ſcriptura perpetuò loqui dicitur. Qua re & Imperator hoc argumentum *in Novv.* non reliquit intactum, ſed de eo nonnulla conſtituit: potiſſimùm eo fine, ut falſitatibus, quæ ſæpè in inſtrumentis committuntur, occurreret. De
† his igitur Novellis breviter videbimus proximis tribus capitibus: ac primo 3
quidem antequam ſub hoc capite tres iſtas Novellas, in titulo enumeratas, exponamus, quædam de inſtrumentis non contemnenda præmittemus.

De † vocabulo itaque admonendi ſumus, (exemplo Ulpiani, qui etiam ita 4
ſolet ordiri ſuos titulos) ab inſtruendo dictum inſtrumentum, plura ſignificare. Et illa quidem notio planè huc non pertinet, qua uſurpatur *in tit. ff. de inſtr. & inſtrum. legat.* & alibi in jure noſtro, ubi *inſtrumentum fundi* appellatur, quo ager exercetur, & cultior redditur, (ſive illa inſtrumenta ſint animata, ſive inanimata.) Deinde inſtrumentum aliâ, & quidem latiore ſignificatione, ſumitur pro omni eo, quod poteſt cauſam quoquo modo inſtruere, ſive teſtimonia ſint, ſive perſonæ: ut docet Paul. *in l. 1. ff. de fid. inſtrum.* Tertiò propriè & anguſtiùs inſtrumentum pro quâlibet ſcripturâ accipitur, quæ fidem rei facit, & cauſam inſtruit. Quartò propriiſſime & quaſi per excellentiam ſumitur inſtrumentum pro publicis literis, quæ plenam faciunt fidem. *l. 1. & ibi Dd. notant. C. de jurejur. propter cal. dando.* Hæc omnia Germani vocant, Briefflîche/oder ſchrifftliche Urkunden. Ad hunc locum de vocabulis refero etiam illas obſervationes, quid ſint *ſchedæ*, ſive *ſcidæ*, item *ſchedulæ*: de quo Cujacius videatur *ad Nov. 44.* ubi Hieronymi locum profert *ex libb. adverſus Ruffin. Schedulis*, inquit, *nondum emendatis, nondum ad purum digeſtis &c.* Hæc ſunt, quæ latini appellant *adverſaria*: quo titulo doctiſſimum opus ſuum, variâque eruditione refertum inſcripſit Hadrianus Turnebus, quem & alii poſteà ſecuti ſunt. Obſervetur etiam nomen *protocolli*, quod in hac materiâ inſtrumentorum eſt frequentiſſimum, ſed non ab omnibus intelligitur: & multorum errorem detegit & refellit Cujacius *ad d. Nov 44 p. 217.* docetque fuiſſe protocollum brevem quandam annotationem in purâ chartâ factam, quâ declarabatur, quo tempore & à quo chartæ fuiſſent præparatæ, idque in eum finem, ut falſitas, ſi qua fuiſſet in inſtrumento poſteà imbi deſcripto commiſſa, faciliùs convinceretur. Non enim olim tanta erat licentia, ſicut neque tanta copia chartæ, quanta paſſim eſt hodiè. Et chartariæ erant ſub cura comitis largitionum, id eſt, certi cujusdam magiſtratus, qui operam dabat, ne quid hac in re detrimenti caperet reſpublica. Ab aliis quâ notatione acceptum fuerit protocollum nihil dicam: cùm à Cujacio peti poſſit. Hodiè obtinuit, ut protocollum appelletur Codex Notarii, vel ſcribæ, vel Actuarii, tàm judicialis, quàm extrajudicialis, in quem referuntur cauſæ & negotia, de quibus inſtrumentũ aliquod confecerit, vel quo ordine in judicio quic-

quam actum vel productum sit: quæ significatio veteribus planè incognita fuit. Observetur etiam ad extremum nomen *Imbreviaturæ*, quod est frequens apud Dd pro primâ quasi delineatione, &, ut loquimur, concepto, sive codice conceptorum variorum, quæ facit Notarius, unde posteà in mundum redigat instrumenta. Sed jam plus satis de vocabulis.

5 Definitur † instrumentum, scriptura à personâ publicâ confecta, quæ fidem in judicio facit, sine alio probationis adminiculo. Videatur Ferrariensis Practicus *in formâ production. instrum. in gl. verbi, exhibens. n. 5.* Hæc definitio præstantissimæ speciei instrumentorum, &, ut veteres loquebantur, optimæ maximæ
6 competit, videlicet publicis. Sciendum † est enim instrumentum solere dividi, in publicum & privatum. *l. 11. scripturas. & ibi Dd. C. qui pot. in pign. hab. Jac. Omphalius lib. 5. de usurp. L. L. c. 16. n. 3.* M. Wesemb. *ad tit. de fide instrum. n. 2.* & publicum instrumentum dicitur etiam *forense*, & passim *in Novv.* Græcà linguà ἀγορεῖον. Jam quæ sint publica instrumenta, & quot modis dicantur, explicat Gilhusius *c. 6 part. 3. de instrumentis. num. 6.* Et de solennitatibus, quæ in publicis instrumentis necessariæ sint, idem tradit *num. 38.* Inter has duas species ea est differentia insignis, quòd privatæ scripturæ publicis postponantur: ut docet
7 Omphalius *d. c. 16. num. 5.* Deinde † diligenter distinguendum est inter instrumentum authenticum, seu originale, & exemplum quod vulgò *copiam* vocant: item *Vidimus*, & *transsumtum*. Gregorius Magnus *lib. 2. Epist. sive Registri*, etiam vocat *exemplaria*, tametsi *exemplar*, & *exemplum* alioqui propriè loquendo differant, ut monui *supra in proleg. huius tr. cùm agerem de Authentici, & Auth. appellatione.* Videatur etiam de hoc discrimine Gilhus. *num. 29. sub. d. t. de instrum.* Discrimen inter authenticum & exemplum, quoad effectum, est illud: quòd authentica tantùm instrumenta sive scripta originaliter exhibita, merentur fidem; exempla verò, seu, ut cum Gregorio M. loquar, exemplaria & transsumta, non item. *Cap. 1. & ibi communiter Dd. & Cujac. recentissime. Extr. de fid. instrum.*
8 & Jac. Omphal. *d. c. 16. num. 6.* Hìc † tamen operæ precium est observare morem judiciorum: ut producens instrumenta sua judicialiter, ad probandam intentionem suam, simul exhibeat & authentica, & exempla, sive tàm originalia, quàm copias eorum; ac petat, factà collatione & recognitione manus & sigillorum, copias quidem retineri apud acta: originalia verò sibi restitui: quod etiam fieri solet. Rationes horum omnium facilè est cuivis intelligere. (quia in copiis subest suspicio falsi: cùm autem collatæ sunt cum originali, cessat suspi-
9 cio) Sunt † tamen à prædictà regula quædam exceptiones, & casus, cùm non solùm authenticis & originalibus, sed etiam exemplis & copiis creditur: de quibus videri potest Omphalius *lib. 5. c. 16 num. 7.* & Gilhusius *c. 6. part. 3. de*
10 *instrum. num. 32. & multis seqq.* Quibus † addi potest & hic casus celebris: si tanta sit vetustas authentici, ut metuendum sit, ne si id non maturè transcribatur, dum adhuc legi potest, literæ planè fiant fugitivæ atque exsoletæ: sed tunc accedere oportet auctoritatem judicis ordinarii, vel ab eo specialiter delegati, qui vetera instrumenta prius inspiciat, ne qua fortè fraus committatur inter describendum: de quo videndum est *cap. ult. extr. de fid. instrum.* & ibi post vett.

Cano-

Digitized by Google

Cànoniſtas Cujacius. Videatur hac de re & Michaël Graſſus *in commun.opin. lib.2.q.20.* poſt Dd. *in Auth ſi quis.C.de edend.* ubi annotantur requiſita ad hoc, ut exemplum ſive tranſſumtum æquè probet, atque originale. Eſt † etiam eximia quædam ſpecies inſtrumenti, quod Dd. vocant *Guarentigiatum:* quod dicunt executionem habere paratam, ſive, ut cum Paulo loquar, numerò habere. Nomen accepit à *guarandâ*, ſive *guardiâ*, quo vocabulo Longobardico denotatur ſecuritas & cautio: unde & *ſalvam guardiam* dicunt pro cuſtodia. Nam etſi aliàs quoque cautio uſurpatur pro ſyngraphâ, quam & Imp. noſter vocare ſolet *ſecuritatem*, & Græco nomine *ἀσφάλειαν*: tamen appellationem illam Dd. huic ſpeciei quaſi per excellentiam accommodârunt, quia ſcilicet debitor, quò magis caveat creditori, curat aſſcribi in inſtrumento talem quandam clauſulam, ſe creditori, niſi tali vel tali tempore reddiderit mutuũ, verbi gratia quod realiter ſibi annumeratum accepit, tunc, inquam, facere ei poteſtatem, ut ſibi ipſi ſolvat. De quo latè Math. Colerus *in tr. de proceſſ. executiv.* Notanda † quoq; eſt differentia quædam inter ipſa inſtrumenta publica. Quędam enim verè ſunt publica, ut quæ apud acta judicii, ſive apud geſta ſcribuntur, vel actis poſtea inſinuantur: item libri cenſuales, Zinßbücher/oder Zinßregiſter/ (id eſt, in quibus deſcribi ſolet cenſuum ſolutio ac perceptio.) qui in archivis publicis aſſervãtur, Cantzley oder Rahthauß: item Saalbücher/item Ehrbarregiſter/item Schatz oder Steurregiſter / qui ſunt libri, in quibus deſcribitur ſolutio tributorum, &c. item Lehenregiſter: quamquã hæc potiùs privata eſſe videantur inſtrumenta, præſertim ſi inferiorum ſint dominorum feudi. Quædam verò ſunt publica quoad effectum, non verè: qualia ſunt quæ à notariis conficiuntur, &c. Horum in prioribus, id eſt verè publicis, non auditur ulla probatio in contrarium, tametſi comparationes litterarum peti poſſint de quibus infra dicemus: in poſterioribus, id eſt in publicis quoad effectum, admittuntur teſtes in contrarium. Quales autem debeant eſſe teſtes, docet Maſcardus latè *de probat. vol. 2.* quamvis alioqui pro inſtrumento præſumatur. Videatur Treutlerus qui plures allegat *vol. 2. Diſp. 5 th. 1. lit. D. & th. 5. lit. C.*

Privatorum quoque inſtrumentorum varia ſunt genera: † inter quæ excellunt vulgò libri ſeu regeſta mercatorum, vulgò Handelsbücher: de quibus an & quatenus faciant fidem pro ſcribente videatur Gail. *2. obſerv. 20.* & Treutlerus noſter *d. th. 5. lit. I.* Multa autem Dd. in mercatoribus ſingularia introduxerunt, de quibus nihil ferè in jure noſtro extat: Nam argentariorum & numulariorum apud veteres longè alia fuit ratio. Videatur & Giphanius *in diſput. de Pactis.*

Poſſem hic examinare prolixiùs aliquot inſignes & frequentes in jure communi quæſtiones de inſtrumentis, ſed quasdam duntaxat extremo digito attingam: de cæteris remittam auditores aliò. Verbi gratia quæritur, † in quâ materiâ debeant ſcribi inſtrumenta? Et verius eſt in qualibet materia, tã chartâ quàm membranâ ſcribi poſſe. (intellige quę tamen in regione frequentetur) *arg. §. nihil intereſt. Inſt. de teſtam. ordin. & l. 1. ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tabb.* tametſi receptum & tutius ſit firmitatis majoris & durabilitatis ergò, ut in membranis

potiùs seu pergamenis quàm in chartis scribantur. vid. Mynsing. *cent. 1. obser. 80.*
15 Sic quæritur, † quænam sint clausulæ solennes instrumentis inseri solitæ?
16 Sed de his quædam infra monebo *ad N. 47.* Præterea † quia dictum est supra, pro instrumento præsumi: (de quo etiam est *l. 9. §. 11. l. cum verborum. & §. 16. si scriptum sit Institut. de inutil. stip. & §. ult. Institut. de fideiussor.*) quæritur ergò quænam sint illæ præsumtiones, sive de quibus rebus? Et receptum est, duas esse præsumtiones: unam de solennitate, alteram de veritate: quibus & tertiam nonnulli addunt, sed ab aliis reprobatam: ut videre est apud Wesembeccium
17 *ad tit. de fide instrumentarum n. 6.* & Treutlerum *th. 5. lit. B. d. disp 5.* Quia † item paulò antè dictum est, contra privata instrumenta, non tantùm admitti probationem in contrarium, sed etiam varias exceptiones obiici illis posse: quæritur, quæ illæ sint. De his videatur Lanfrancus de Oriano *in cap. quoniam, in verb. Instrumentorum. extra. de probationibus.* & Ferrariensis Practicus *in formulâ libelli*
18 *opponendi contra instrumenta.* Item † quæritur, an actor possit cogere reum ad edenda contra se instrumenta? quod regulariter notandum est Exceptiones vide apud Donellum *ad l. 1. nu. 3. C. de edendo.* & apud Gail *lib. 1. obs. 69.* Item apud
19 Treutl. *th. 4. lit. A.* Sic quæritur, † si plura instrumenta producantur, cui potissimum stari debeat? Respondendum ei, quod ex tempore Protocolli priùs confectum apparuerit; item digniori. vid. Cujac. *lib. 16. observ. 25.* & de duobus instrumentis, quæ eâdem forte horâ proponuntur confecta, consulatur Ma-
20 scardus *in loco inferiùs adducendo.* Sic † quæstionis est, an productio instrumentorum etiam post conclusionem in causâ admittatur, an etiam post sententiam? Hoc simpliciter negandum est, cum Mynsingero *cent. 4. observ. 60.* Illud
21 regulariter negandum: casibus quibusdam exceptis. Sic quæritur, † si contrahentes, sive partes statim in ipso contractu inter contrahendum summariè annotaverint capitula tractationis, sive puncta præcipua, eaque subscripserint propriâ manu: deinde verò in instrumento desuper confecto quædam vel omissa, vel alio sensu inserta reperiantur: an per tale instrumentum à prioribus illis capitulis à se subscriptis recessisse videantur? & hoc negandum est: quia
22 potiùs standum est summariæ illi annotationi, quàm instrumento ab illis discrepanti. *vid. Ioh. Pet. Surdus Decisione Mantuanâ 70. & cons. 202.* Item, † quia supra dictum, oportere ad probandum ipsa produci originalia instrumenta, nec sufficere copias: quid ergo juris erit si quis copias produxerit justo tempore, id est, intra terminum probationum, (qui à judice præfigi solet partibus) & authentica sive originalia demùm post conclusionem in causâ: an hoc admittatur? Et stricto quidem jure dicendum erat non admitti: quia qui non producit originale instrumentum, nihil agit. *arg. l. 6 ff. qui satisdare cogunt. & l. 2 ff. de aut. tut.* Sed humanius est, ut admittatur. vid. etiam Treutl. *th. 5. lit. D.* Nec obstat, quod supra dixi, post conclusionem in causâ non admitti productionem instrumentorum. Id enim tunc valet, quando prorsus nulla facta est productio ante conclusionem in causâ, adeoque ne copiæ quidem productæ sunt. Item
23 † quæritur: an probent instrumenta etiam quoad alios, qui in illis non sunt comprehensi, sive inter quos confecta non sunt. Et regulariter non probant

quoad

Digitized by Google

quoad alios, ut docet Guido Papæ *decis. 193.* Excipiunt casus antiquos; ut docet Aymon Cravetta *in tractat. de antiq. temporibus part. 1. num. 74.* vide & Gail. *lib. 2. observ. 77. n. fin.* Sic † sæpè quæritur, de amissione instrumenti, an noceat parti? Et respondetur, non nocere; dummodò aliundè constet & probari possit instrumenti tenor, Der Innhalt: verbi gratia per testes. Interitu igitur instrumentorum non convellitur veritas. Qua de re multæ sunt præclaræ leges, ut *l. 1. 4. 5. 6. 7. 8. 10. 11. C. de fide instrum.* & *l. 15. cum citra. C. de jure dot.* facit & *l. 19. Indicia. C. de Rei Vind.* Non enim instrumentis res geritur, sed ideò conficiuntur instrumenta, ut res gesta facilius probetur. *d. l. 4. cum simil. in gl. ibid.* Item † quæritur, an qui instrumentum pro se producit, etiam contra se id admittere cogatur? Qua de re distinguitur apud Vivium *lib. 1. commun. opinion. n. 159. & lib. 2. opinione 145. cum seqq.* & apud Roderic. Suarezium *in Thesauro receptarum sententiar. lit. I. n. 12.* Item † quæritur, an is qui produxit instrumentum minùs solenne, possit deinde illud improbare? quod negandum est: ut docet idem Suarez *lit. I. num. 130.* Sed hujusmodi quæstiones plures videri possunt apud Mascardum. *volum. 2. de probat. concl. 95. & duabus seqq.* quasdam harum etiam attingit Treutler. *in d. D. sput. 5.*

24 25 26

Nos ab his præliminaribus jam ad Novell. infra dictarum expositionem proficiscamur. Quod † igitur ad *Nov. 44.* attinet: ejus partes constituo duas: quarum primâ † continetur occasio hujus constitutionis: quę est talis: Mulier quædam litterarum scribendi imperita contractum quendam habuerat, & notarium sive tabellionem constituerat: is ab initio non adfuerat contractui, sed ut solent sæpè fastidiosi & delicati scribæ, alteri cuidam suo adjutori sive substituto, id negotii commendarat: fini quoque præsens non adfuerat, sed rursum id munus alteri delegârat: Tantùm ad breve tempus in medio fortè rei contrahendæ præsens fuerat: ita ut totam seriem rei gestæ scire non posset. Deinde mulier illa, cùm fuisset ei prælectum instrumentum contractus, negabat se in ea consensisse, quæ in instrumento continerentur. Judex itaque testes audivit, qui negotio gerendo interfuerant ab initio ad finem. Ab his quo pacto res fuisset acta didicit, quod alioqui contractione instrumento oppositâ, scire non potuisset: contradictio enim quævis rem facit dubiam, ut vulgò quoque dicitur. Tandem res ad ipsum Imperatorem delata est, sive per relationem judicis, sive per appellationem. Hinc igitur occasionem sumsit Imperator, generalem promulgandi constitutionem de instrumentis per tabellionem conficiendis: sicut & aliæ multæ Novv ex aliquâ facti specie natæ sunt: trâslatâ hypothesi ad thesin: ut aliàs sæpè monui. Summa † igitur constitutionis quoad partem priorem, hæc est, tabelliones sive notarii, qui huic officio præsunt, omnimodò ipsimet per se adsint contractui, (idem est etiam in ultimis voluntatibus.) ab initio usque ad finem totius negotii, cuius seriem & consequentiam universam accuratè percipere debent, nec aliter complementum instrumenti facere. Non licebit igitur tabellioni à contrahentibus rogato vel requisito aliquem ex suis discipulis, sive substitutis & exceptoribus mittere: sicut anteà mos pravus invaluerat. (ex malis moribus nascuntur bonæ leges.) Discipuli quoque, & mi-

27 28 29

Digitized by Google

niſtri,& ſubſtituti tabellionum,non aliter abſolvere debent inſtrumenta ,nec partibus edere, quàm tabellionibus ipſis præſentibus & ſcientibus. Ratio eſt, ne poſteà tabelliones à judice,ad quem controverſia eſt delata , cogantur fateri ignorantiam rei geſtæ. Qua ex re unusquisque facilè intelligit quàm multiplex occaſio falſitatis vel ſupprimendæ veritatis oriri poſſit.Integrum quidem erat tabellionibus,(ut eſt hodiè quoq; permiſſum) aliquem habere adjunctum ſive ſubſtitutum,per quem contractus formare & abſolvere poſſent:& hic ſubſtitutus ſive adjutor apud Magiſtrum cenſus erat approbandus:ſed non erat integrum hunc mittere ad contrahentes ſuâ vice:quin potiùs ipſum per ſe tabellionem contractui præeſſe,& intereſſe oportet ab initio ad finem , ciusq; præſtare ſcientiam quam præſtare non poſſet,niſi ipſe fuerit præſens. Nam relatio
30 ſubſtituti fallax eſſe poſſet. Habemus ipſam conſtitutionem: videamus † & ſanctionem,id eſt pœnæ irrogationem, ut vocatur *in l. 47. ff. de pœn.* in notarios iſta violantes ac negligentes. Pœna hæc eſt,ut transgreſſor omnino excidat ſuâ ſtatione,eique ſubrogetur,ille ipſe ſubſtitutus , quem tabellio ſuo loco miſerat ad contrahentes: Contrà verò ipſe tabellio detrudatur in locum ſubſtituti , ſive,ut Haloander vertit, in locum amanuenſis: in Græco textu vocatur ὑπογραφεύς (Der Vnderſchreiber.) Hic obſervandum, fuiſſe Conſtantinopoli certas ſtationes tabellionum,quæ plerunq; ab ipſis conducebantur certa penſione,quam ſolvebant dominis illarum ſtationum ſive tabernarum ,& Latinam dictionem ſtationis Imperator etiam in Græco textu retinuit. Hæc pœna in officio continebit tabelliones,ut illius metu maiorem diligentiam,fidem & cautionem adhibeant aliorum contractibus: neque ſuâ negligentiâ & faſtidioſis ac delicatis moribus,aliorum corrumpant ſubſtantias,& jura ſubvertant.Quid ſi ſubſtitutus ille,cujus operâ ſicut dictum,perperam uſus fuit tabellio, non ſit aptus ad hanc provinciam:ut tabellioni magiſtro ſuo veteri, ſed jam degradato ſuccedere poſſit? Hoc caſu notarius quidem nihilominus de ſua ſtatione detrudetur,alius autem in eius locum ſubſtituetur,qui ſcilicet magis ſit idoneus. Dominus verò ſtationis,id eſt,qui tabellioni eam locaverat, nullum ex tali degradatione damnum ſentiet, ſed nihilominus ex ſua ſtatione ſolennes reditus atque obventiones percipiet:quia,ut eſt in Regulis Juris,factum cuique ſuum, non alteri nocere debet. Præterea factum eiusmodi tabellionis nihil oberit cõtrahentibus, neque contractum reddet inutilem. Quod ideò ſic conſtitutum eſt,quia hoc ſuadebat utilitas contrahentium. Præſtat enim ſuſtineri quod actum eſt,quam ut corruat, præſertim alienâ culpâ : quam rationem reddit Imperator. Accedit quoque, quòd, ut modò dictum ex Regulis Juris,per alienum factum nemo lædi debet. Quid ſi notarius fortè in morbo cubet aut alibi occupatus impediatur , quò minùs poſſit adire contrahentes à quibus fuerit accerſitus? hoc caſu ad ſe vocabit ipſos domum ſuam; &, quatenus per morbum
31 licebit,inſtrumentum conficiet. Sed hujusmodi caſus ſunt rariores; & † quæ rarò contingunt,non debent impedire ea quę generaliter,atque ut plurimum, ſive regulariter,uſu veniunt. ut eleganter hic ait Imp. *ex l. 1. cum tribus ſeqq. ff. de*
32 *LL.* Addit † quoque Imp. præclaram ſententiam,de eo, quod omnes res poſ-

ſint im-

sint in controversiam vocari. Cui simile est, quod idem scribit *in Proœmio N.54.* leges etiam quantumvis claras posse ac solere ab hominibus contentiosis rapi & converti in materiam litium & quæstionum. Eôdem pertinet quod paulò ante dicebam, per contradictionem effici rem dubiam & controversam. Videatur etiam Joh Fichardus *consil.93.in pr.t.2.* Sed dicat aliquis hoc modo tabellionibus multum decedet, sui que reditus diminuentur? Huic objectioni occurrit Imperator, hac insigni gnome: † *Melius est pauca elaborare, sive agere tutò,* 33
quam multis se immiscere negotiis cum periculo. At hæc prior est Novellæ pars; continens jus generale, & observandum, ut ait Imperator, non solùm in urbe, sed etiam in provinciis.

In † alterà, quæ continetur, *cap. secundo*, constituit Imp. ne in aliâ chartâ purâ scribantur instrumenta, sive in mundum redigantur, quàm in eâ, quæ habeat protocollum, id est, signum appositum eiusmodi, quo & nomen exprimatur comitis sacrarum largitionum, (ad cujus curam pertinebant Constantinopoli chartariæ officinæ.) Et præterea tempus confectæ chartæ, sive quo anno, mense, & die: prohibet quoque protocollum vel signum tale abscindi. Ratio est: quia hoc modo multæ falsitates ex ipsa inspectione chartæ detegi possint. Sed hæc secunda pars constitutionis nostræ non est universalis, verum topica, id est propria ac specialis, tantùm ad urbem pertinens Constantinopolitanam; in quâ urbe sicut magnus erat contractuum & contrahentium numerus; ita etiam magna chartarum copia, quibus tabelliones ad instrumenta conficienda uterentur. De † protocollo, quàm longè aliter hodiè usurpetur, jam suprà dixi: & 35
suavis est ad ridendi materiam bonus noster Accursius cum suâ Protocolli etymologiâ: quasi scilicet dictum esset vocabulum à πρῶτον, id est *primum*; & *collum*, quod est *collatio* scilicet litterarum, quasi dicas, primam collationem litterarum in chartâ: quæ meræ sunt nugæ.

Sequitur † *Nov.47.* quæ & ipsa pertinet ad instrumentorum formulam & 36
fidem, sive ad clausulas solennes, cuilibet instrumento inserendas. Hac de re duo Imperator constituit: quæ exponam breviter, ubi pauca priùs ad proœmium dixero. In † eo igitur Imperator, ut probet jus & fas esse, ut tàm in 37
contractuum quàm conventionum instrumentis, quàm in actis judicialibus, quàm denique in omnibus negotiis in quibus fit mentio temporis, anni quoque Imperatorum exprimantur; contrà indignum & absurdum esse, si omittantur: breviter attingit historiam de initiis & progressu felicissimo Reip atque Imperii Romani: quod argumentum persequutus est latè Justus Lipsius *in admiranda, sive de magnitudine Romanâ* Imperator noster hîc initium ejus arcessit, inde usque ab Æneâ Trojano, à quo Romani appellati sunt *Æneadæ*. Æneam deinde post aliquot reges secuti sunt Romulus & Numa, sub quibus regibus nomen Romanum magis magisque inclarescere cœpit, atque amplificari. Alter enim horum, urbem à se fundatam ædificiis exornavit, alter verò eandem legibus instruxit. (ita quidem Imperator hoc loco, alii tamen etiam Romulo leges asscribunt: & Numæ potius ceremonias & religionem acceptam referunt ut est apud Florum *lib.1.rer.Romanar.*) atque ab his altera deinde series Regum descendit,

Digitized by Google

ſcendit, quæ terminata eſt in Tarquinio ſuperbo, ut notum eſt ex Livio, Halicarnaſſeo, & aliis. Tertia ſeries (præterit enim Imp hoc loco ea tempora, quibus Romæ politia fuit & conſulare Imperium, alioremq; magiſtratuum obtinuit, & Senatus Romani maxima fuit authoritas: Hæc, inquam, tempora ſilentio hic obruit Juſtinianus, quia ad ipſius inſtitutum non valdè facere videbantur.) Tertia inquam ſeries fuit à Julio Cæſare & Auguſto cœpta, quæ usque ad Imperatorem noſtrum, eiusq; complures ſucceſſores eſt continuata, non quidem nomine Regio, ſed Imperatorio: Tametſi etiam Imp noſter ipſe, cùm *hâc N. tum alibi*, ſicut & Græci ſcriptores hiſtorici, & alii uſurpârunt nomen *βασιλείας* & *βασιλέων*, pro iis, quos Latini dicere maluerunt *Imperatores*: poſteaquã ſcilicet omne Regium nomen in ſummum odium fuerat adductum, ob tyrannidem Tarquinii Superbi, qui Regibus tandem exigendis, & Reipublicæ in formam aliam convertendæ occaſionem præbuit: ut eſt apud Livium, Dionyſium, & alios. Hæc breviter initio de hiſtoriâ Romanâ, quæ *in proœmio N. noſtræ* attingitur delibare volui. Addit ibidem Imperator, ſe minimè velle abolere
38 quæ priùs fuerant recepta: verbi gratia nomina conſulum, † quibus tempora antiquitùs denotabantur, ut notiſſimum eſt non ſolum ex factis conſularibus, quos varii ediderunt authores, ut Henricus Glareanus, Haloander, Contius, Onufrius, ſed etiam ex hoc inſigni loco Salviani Maſſilienſis *lib. 6. de Gubern. Dei*: *cùm hæc omnia* (inquit) *ipſi agant* (ſcilicet conſules. nam de illis loquitur) *qui annis nomina tribuunt, & à quibus anni ipſi exordium ſumunt; credimus nobis benè annos poſſe procedere, qui à rebus talibus ordiantur?* (loquitur autem de auguriis, & ſimilibus nugis, quas adhuc etiam Chriſtiani illo ſeculo frequentabant; more, ut loquitur, gentilium ſacrilegiorum) Hactenus de proœmio.

39 Nunc † videndum eſt de ipſa conſtitutione; cujus, ut dicebam, duæ ſunt
40 partes. In † priore præcipit, ut quicunque negotiis civium dant operam, ut ſcilicet ea deſcribant, ſive id fiat in judiciis, ſive extra judicia, itemque tabelliones, quos vocat, *συμβολαιογράφους*, ut etiam *Nov. 44.* omnesque in univerſum ſcribæ, tàm in urbe Conſtantinopolitanâ, quàm in provinciis, ut, inquam, omnes ordiantur inſtrumenta à nomine Imperatoris, cujus & annum imperii exprimant: deindè ſubiiciant nomen conſulis, qui eo anno fuerit: (hîc, quod obiter moneo, nemo mirari debet, unum duntaxat conſulem nominari. Nam etſi diu in Repub. Romanâ bini quotannis conſules fuerunt, & quidem aliquando etiam conſules ſuffecti, & non tantùm ordinarii; tamen ſub Impp. poſterioribus obtinuit duntaxat unicum conſulẽ creari; cùm ipſi videlicet Impp. loco alterius conſulis ſe haberi vellent.) Tertiò annum indictionis, quam appellant *ἰνδικτιῶνα*: quartò menſem; quintò diem menſis. Quorum omnium hãc addit rationem: quòd ſic non modò Imperii memoria, & ordo conſulum conſervetur, ſed etiam ipſa inſtrumenta, ab omni falſitate incorrupta præſtentur: quarum rationum prior ab honeſto, altera ab utili ducta eſt. Quia verò apud quosdam alia quoque recepta erat conſuetudo, non ſolum in oriente, ſed etiam alibi, ut inſtrumentis etiam urbium tempora inſererentur, computando ſcilicet à primo illarum ortu, Imp. hunc quoque morem præter ſupra dicta ca-

pitula re-

Digitized by Google

pità retineri jubet, quippe qui non cogitet quicquam detrahere de priore consuetudine, aut eam abolere, sed potiùs prioribus aliquid addere studeat. Præscribit etiam exempli gratiâ formulam instrumentalem: *Imperii Iustiniani Augusti & Imperatoris anno undecimo, post consulatum Flavij Belisarij, viri Clarissimi anno secundo, hoc vel hoc huius vel istius mensis die, & sic deinceps.* Quod etiam institutum subsequentibus Imperatoribus servari jubet. Hîc † notetur historia 41
de annis Imperii Justiniani: quòd scilicet Calendis Aprilis undecimo anno ante hanc N. promulgatam imperare cœperit: qua de re plura videantur *in ipsius vitâ*, cum ab aliis descriptâ, tùm à CL. Hottomanno & Giphanio: quorum hic etiam de indictionibus quædam attingit *in oratione de Constantino M.* videatur de iisdem indictionibus etiam Cujacius *ad posteriores libb. Cod. tit. de indict.* item remissivè Treutlerus *Disp 5. thes. 3. lit. C. vol. 2.* & novissimè Joachimus Stephani *ad hanc Nov.* ubi monet indictionem quamlibet complecti tres olympiades, id est, quindecim annos: olim enim per tres olympiadas tempora numerabantur, ante quas nulla certa historiæ, aut temporum ratio habetur: qua de re etiam illustris Scaliger *in libb. de emend. temporum, sive Eusebio suo.* Vulgò vocatur indictio, Der Römer Zinßzahl. Observetur † quoque hoc ex priore Novellæ 42
parte, rectè facere principes, quòd consuetudines provincialium, quæ quidem non sunt absurdæ nec injustæ, ipsis conservant ac tuentur: qua de re plura ex jure nostro monui *in commentario ad epist. Plinii & Trajani.* Notatur † illud 43
quoque: sicut olim solebant civitates provinciales tempora denotare per annos à suo conditu; sic etiam aliquando à casibus inopinatis, aut atroci alicuâ calamitate solere desumi characterem, & æram. Cuius rei exemplum nobile, sed miserabile præbet municipium Hammelense in Saxoniâ: Hammelenses enim annos numerât ab exitu suorum liberorum, Nach ihrer Kinder Außgang/quos fistulator quidam, sub cuius specie cacodæmon proculdubio latuit, ex urbe eduxit, ad montem quendam cuius hiatu absorpti nunquam posteà comparuerunt, maximo cum mœrore & luctu parentum sic orbatorum, ut est credibile. Solet † etiam in omnibus ferè instrumentis præmitti invocatio nominis 44
divini, ut etiam annotârunt DD. *ad inscriptionem proœmii Instit.* idque sanè rectè atque ordine fieri, nemo negaverit: cum & Cicero piè dixerit, omnium rerum agendarum primordia à diis immortalibus esse capienda: & illustris est ad eandem rem locus Plinii *in tio panegyrici.* Præterea † additur etiam locus con- 45
tractus: verbi gratia in tali & tali domo, in illâ & illâ platea, sitâ inter hos utrinque vicinos, item in tali vel tali hypocausto seu conclavi: de quo quæri solet, an vitietur instrumentum omissâ mentione loci specialis, puta conclavis? id quod negant Suarez & Vivius, quos etiam allegat Treutlerus *d. thes. 3. lit. E.* & videantur hâc de re quædam Consilia Raphaelis Fulgosij. Denique † sub- 46
ijcere solet notarius & subscriptionem propriæ manus, seu idiographum; & signum suum, sive signetum apprimere; vel emblema, cum symbolo, quod aut is, qui notarium creavit, ipsi dederit, aut ipse sibi notarius elegerit. Quòd si fortè ab alio scriptum fuerit instrumentum, puta substituto seu adjutore notarii, hoc quoque ipsum notarius in sua subscriptione addere solet. Sed non ero hic:

de rebus longior: cùm extent integri tractatus qui de arte notariatus titulum præferunt. Satis jam de priore parte Novellæ: ubi hoc insuper admonuero, sum-
47 mam † hic esse ἀνισοφωνίαν. Accursij dùm ait ad verba PRIMA INDICTIONE, *ingl.* Justinianum statim post natum Christum Imperasse: quem errorem & alii notarunt, & Henr. Agglæus.

48 Sequitur † alterum caput: quo jubet Imperator, ut in instrumentis, vel monumentis gestorum tempora notentur claris & vulgaribus literis vel Græcis, vel Latinis, quæ omnibus sint notæ, & ab omnibus facilè possint legi, & tempus actorum demonstrent: non autem utantur literis antiquis & obscuris, quæ quasi Sybillam interpretem requirant. Si instrumentum Græcè fuerit conscriptum, subnotatio temporis post illas obscuriores literas fieri debet, consuetis literis Græcis; Sin autem Latinè, Latinis sive Romanis literis obscura illa elementa declarabuntur, quæ ab omnibus non rudibus latinarum syllabarum legi possint: quod quidem ad alias quasvis linguas rectè transtuleris. Falsum
49 † est autem quod *ad hanc N.* monuit Joach. Stephani, hâc Nov. prohibuisse Imperatorem, ne notarii instrumenta conficerent notis seu figuris: ubi scilicet una litera pro toto verbo ponitur. sed jussisse ut scriptura uterentur holographâ; quia ex figuris ac notis sive literis singularibus innumeri errores nati sunt: Etsi enim alioquin hoc non est de nihilo; tamen prorsus alienum est ab hoc loco, & potius pertinet *ad N. 107.* quâ jubentur parentes etiam ultimas voluntates suas in liberos integris dictionibus perscribere & per consequentiam literarum; quæ de re suprà dixi *parte 6. huius expositionis.* Longè verior est Cujacii observatio, *ad finem huius N.* à qua Stephanus cur discederet causam nullam habuit, sicut nec alibi, cùm toties nescio quæ sua somnia profert, aliorumque solidioribus expositionibus præfert. Tantum verò abest ut *in hac Novellâ* planè sustulerit Imperator omnem usum notarum in subscriptionibus instrumentorum: ut potius eum reliquerit in arbitrio tabellionum: dummodò clarioribus literis subnotationem temporis facerent. Hæc ad *Nov. 47.*

CAP. XXV.

DE COMPARATIONE LITERARUM, & inficiatione chirographi.

Ad Novell. 73. & 49. & 18. c. 5.

SUMMARIA.

1 *Comparatio literarum, quantum, & quatenus faciat ad probationem chirographi quod rem à se scriptum inficiatur.*
2 *Comparatio instrumentorum ex quinque generibus scripturarum fieri potest secundùm Bartolum.*
3 *De inficiatione chirographi plura.*
4 *Pœna Rei mendacis per syngraphan propriam negantis, aut impugnantis; dupli solutio: nisi matuiè rem pœniteat.*
5 *Nov. 82. cum l. sancimus. C. de indiciis, conciliatio.*
6 *Pœna altera; plurium definitionum interdictio.*
7 *Pœna dupli in alterum, apocham à se scriptam negantem.*
8 *Pœnitentia excusat: non tamen in omnibus.*
9 *Mendacij pœna alias remissivè.*

Nunc

Digitized by Google

NUnc de *Nov.73.* videre supereſt Cùm autem & 49. & 73. N. agat de comparatione literarum: utramque conjungemus explicando. Reſpicit autem Imp ad *l.pen. C. de fid. inſtrum.* in qua idem argumentum tractatur. Quod † ut tantò rectiùs intelligatur, ſciendum eſt, quotiescunque Actor nititur chirographo, quod Reus negavit à ſe ſcriptum; cuius tamen fides adſtruitur comparatione alterius trium teſtium ſubſcriptionem habentis; cauſam inter ipſos reddit dubiam, adeò, ut judex poſſit procedere ad jusjurandum Actori deferendum. Nam chirographum per ſe non probat ſatis, ſi Reus illud inficietur, niſi aliis adminiculis adjuvetur. *l. inſtrumenta. C. de probat.* Sumuntur illa adminicula ex comparatione ſeu collatione aliarum literarum, quæ ab eodem ſcriptæ perhibentur Si enim producat Actor alias eiusdem rei literas, eæque comparentur cum chirographo Rei, & deprehendatur ex ea collatione, quod chirographum à Reo ſcriptum ſit, qui tamen illud negabat: hoc caſu chirographum aliis adminiculis adjuvari dicitur. Qua in re notetur differentia juris, quod fuit ante Novellas, à jure noviſſimo. Olim enim chirographum hujusmodi ſuffultum adminiculis probabat, & ex comparatione literarum fides fiebat ipſi: ſed Imp noſter experientiâ doctus multos eſſe, qui alienas literas perquàm ſcitè imitarentur; hoc mutavit: conſtituens, ut chirographum etiã accedentibus aliis talibus adminiculis nõ aliter probaret, quàm ſi literæ, ex quib. fiunt comparationes, ſubſcriptæ fuerint à trib. teſtibus, quorum duo ad minimum ſuam manum recognoſcant, aut ſi illam inficientur, collatione propriæ manus convincantur. *d. l. pen. C. de fid. inſtrum.* ubi addit Imp. hæc etiam tunc procedere, quamvis in ſemetipſum aliquis chartam conſcriptam proferat; id eſt, etiamſi contra proferentem faciant literæ, quas quis ad comparationem faciendam profert. Nam ne ex eo quidem inſtrumento privato comparatio fiet aut valebit, niſi trium teſtium ſubſcriptionem habuerit. Hoc tamen non obtinet, ſi ex archivis publicis literæ proferantur, in quibus trium teſtium ſubſcriptio non eſt neceſſaria. *Nov. 49.* quæ in quibusdam libb. eſt 50. Addendum eſt ex *Nov.73.* chirographum, ſuper quo controverſia eſt, & quod Reus à ſe ſcriptum negat, ne tunc quidem probare, quando ex aliâ ſcripturâ trium teſtium ſubſcriptionem habente, comparatio facta eſt: niſi chirographũ illud, cui fides quæritur, ex comparatione alterius ſcripturæ trium teſtium ſubſcriptionem habentis, etiam à tribus fide dignis teſtibus ſubſcriptum fuerit. Hæc omnia latiùs continentur *in dd. Novv.* & explicantur à Cujacio: atque in elegantem epitomen contrahuntur, tùm à Juliano anteceſſore, tùm ab Henrico Agylæo: quos ſi quis ad textum dictarum Novellarum contulerit, nihil amplius deſiderabit.

Illud † notandum ex Bartolo, *in d. Nov. 49. §. illud. n. 4.* comparationem inſtrumentorum ex quinque generibus ſcripturarum fieri poſſe. 1 ex publicis inſtrumentis. 2 ex forenſibus. Inter hæc duo enim Bartolus diſtinguit, licet alii contrarium ſentiant. 3. ex privatis ſcripturis, quæ trium teſtium ſubſcriptionem habent. 4 ex ſcripturis, quæ ex archivo publico producuntur. 5. ex privatis ſcripturis, quæ trium teſtium ſubſcriptionem non habent, & quibus tamen adverſarius

versarius meus contra me utitur: quæ omnia latiùs *ibidem in præced. numeris* explicantur.

3 Sequitur, † ut quia paulò antè dictum est, de eo, qui instrumentum à se scriptum inficiatur, plura etiam de hoc afferamus. Huc pertinet *Nov. 18. c. 5.* (in quibusdam libb. est *c. 9.* sed nos partitionem Cujacii sequimur.) item *Auth. contrà qui propriam. C. de non num. pecun.* Sunt autem multæ actiones, quæ aliàs in simplum dantur, sed ex inficiatione lis crescit, & duplantur, ut notum est *ex Instit.* de L. Aquiliæ actione, item de actione ex testamento pro legatis olim per damnationem relictis, hodiè ad pias causas, item de actione depositi, & similibus. 4 His † Imp. etiam adjungit conditionem, quâ certum petitur ex syngraphâ. Si enim debitor se scripsisse talem syngraphan neget, vel si exceptionē non numeratæ pecuniæ ei opponat, & convincatur scripsisse vel accepisse pecuniam, damnatur in duplum. Licet tamen pœnitere & bonam fidem agnoscere, quamvis initio conatus sit inficiari: & hoc casu venia locum habet, verumtamen sumtus litis præstabit, prout jure jurando suo actor eos taxaverit: nisi iu- 5 dex id moderetur, ut est in *l. sancimus. C. de iudic.* Cui † non obstat *Nov. 82.* ubi judex jusjurandum actoris omninò sequi jubetur. Nam respondetur, id tunc locum habere, si judex priùs jusserit ad certum modum jurari, & juratum sit, ut est in *l. si quando. C. unde vi.* Aliud est, si actor suo arbitratu modum sumtuum definiverit: Hoc enim jusjurādum judex moderari poterit. Alteras pœna inficiantis propriam syngraphan, hæc est, ut non possit pluribus uti defensionibus; sicut aliàs potuisset, ex regulâ iuris. Meritò enim hoc beneficium juris communis perdit suâ inficiatione, & posteà convictus mendacii non amplius auditur, si velit solutionem allegare à se factam illius pecuniæ, quæ continetur in syngraphâ, quam à se scriptā mendaciter negavit: Nam ut maximè semel solvisset, tamen iterum solvere cogitur: non obstante eo, quod aliàs dicitur in regulâ juris, *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.* Licet enim bis idem petere, quo- 6 ties lex hoc permittit ad pœnam alteri infligendam. Præterea † constituitur quoque pœna dupli in actorem, qui falsò negat à se scriptam apocham, id est, confessionem solutionis sibi factæ: hic quoque meritò illam sustinet pœnam, ut summam in apochâ comprehensam cogatur imputare debito, & alterum tā- 7 tum præstare. Sed hîc † quoque pœnitentia admittitur: sicut etiam in aliis locis, & casibus annotatis à Cujacio *ad Nov. 18. part. 5.* quamvis quidam sint casus, in quibus pœnitentia non attenditur, nec à pœnâ liberatur: cùm pœniten- 8 tia sua nemo nocens esse desinat. Sunt † & aliæ pœnæ mendacii: de quibus hîc brevior ero: cùm possint pleræque peti à Cujacio: & dixi de iisdem *in Partit. Iuris Feudalis*; occasione illius, an etiam propter mendacium feudum amittatur.

CAP.

CAP. XXVI.

De Tabellionibus seu Tabulariis, qui vulgò Notarii dicuntur.

SUMMARIA.

1 *Tabelliones à tabulis seu tabellis, Notarii à notis denominati: & quatenus notis uti liceat.*
2 *De facultate creandi notarios, remissivè.*
3 *De officio notariorum.*
4 *Notarius iuris peritus esse debet; sed plerunque non sunt.*
5 *Ipsi contractus excipiant & instrumenta ferment; non per discipulos suos.*
6 *Non adsint illicitis contractibus.*
7 *Falsum non committant.*
8 *Plura de Notariis, remissivè.*

QUamquam suprà nonnihil jam allatum est de Tabellionibus *ad Nov. 44.* tamen pauca etiam de iisdem sub hoc capite referemus ibi prætermissa. Primùm igitur de vocabulis admonendum; † TABELLIONES à tabulis seu tabellis appellatos esse: in quibus scilicet instrumenta contractuum & ultimarum voluntatum describunt. vid Cujac. *ad l. 15. C. de usur. lib XII.* NOTARII iidem dicti sunt a notis, id est, compendiis scripturæ: Nam celeritatis causâ notis & singulis literis sæpè utebantur, quò facilùs assequi possent vivam vocem loquentium, sive ut Homerus vocat ἔπεα πτερόεντα, *verba alata seu volantia.* Illa celeritas tanta fuit, ut etiam interdum loquentia verba antevertere possent scribẽdo: unde eleganter Ausonius inquit: *Nondum linguam suum, dextra peregit opus.* Et idem Ausonius alibi Notarium alloquens, *notis præpetes* vocat. Dicebantur eædem notæ etiam σημεῖα, unde ipsi Notarii σημειογράφοι, quasi qui per signa denotarent vocabula rerum. *vid. & Suidas in verbo Notarii.* Hujusmodi signis & literis singularibus licet quidem uti in prima delineatione, & exceptione eorum, de quibus instrumentum fieri debet: sed quando in mundum redigitur, non sunt immiscendæ notæ, sed integræ dictiones per consequentiam literarum præscribendæ: Quæ de re suprà monui *ad Nov. 107.* ubi dictum est, ne parentes quidem in testamento inter liberos posse talibus notis scribere testamentum, sed eos debere uti integris dictionibus. Præterea Græci vocant Notarios νομικοὺς, item ἀγορικούς, quasi dicat, *forenses*, sicut ipsa instrumenta à Notariis confecta ἀγόραια dicuntur, & Latinè *forensia*; ut est in *l. comparationes. C. de fide instrum.* Hæc de vocabulis.

Jam † de facultate creandi Notarios, sive qui possint tabelliones creare, vi- 2
deatur elegans decisio Franc. Marci. *part. 1. quæst. 489.* De † officio eorundem 3
præter ea, quæ suprà dicta sunt *alio capite*, pulcherrimus est locus apud Cassiodorum, (vixit tempore Justiniani tandem factus ex cancellario Abbas Ravennatensis Monasterii.) *lib. 12. variar. formulâ 21.* & extant de eo integri tractatus *de arte Notariatus* inscripti. Exigitur † autem à Tabellionibus peritia juris 4
Nov. 66. à quâ quidem sæpè adeò sunt deserti, ut velut in proverbium abierit dictum Baldi: *Imperitia Notariorum, destruit mundũ.* quod sæpè usurpans Zasius,

Digitized by Google

5 Notarios *Indoctum pecus* appellat. Ad † partem officii eorum hoc quoque pertinet, quod non debeant suos discipulos mittere ad contractus excipiendos & instrumenta formanda, sed ipsimet rogati ad contrahentes se conferre, to-
6 tamque rei seriem ab initio ad finem percipere & excipere. Illud † autem caput est, ne illicitis contractibus adsint: verbi gratia: quos facit vasallus inconsulto Seniore super Feudo alienando; quo casu gravissima pœna irrogatur Notario ab Imp Friderico I. *in cap. Imperialem, de prohibita Feudi alienatione per Fridericum, &c.* nempe manus amputatio, ut scilicet quâ parte corporis peccavit eâ pœnam sustineat: quod pluribus exposui *in partitionibus Feud. lib. 2.* Præ-
7 terea † cavendum est omnibus modis Notario, ne quod falsum admittat.
8 Plura † de Notariis nunc non addam, cum possint depromi ex eorum commentariis, qui ex professo hoc argumentum tractârunt, inter quos præcipui sunt Joh Fichardus & Samson Hertzog.

CAP. XXVII.

Rursum de INSTRUMENTIS.

Ad Nov. 119. & Authent. si quis. C. de edendo.

SUMMARIA.

Mentio in uno chirographo facta de alio chirographo non habet vim obligationis.

Relatum inesse in referente cum omnibus suis qualitatibus, quatenus verum sit

1 PEræ præteriaram hunc locum N 119. in quo etiam de instrumentis sive chirographis aliquid cavetur; nempe † ut commemoratio, sive mentio in uno chirographo facta, de altero chirographo, non habeat vim obligationis aut justæ petitionis: nisi illud ipsum quoque chirographum proferatur, aut aliâ ratione debitum comprobetur. vid. & *l. ult. ff. de probat.* & notetur † hæc limitatio ad illud pervulgatum, quo dicitur: *relatum inest in referente cum omnibus suis qualitatibus.* (dummodò appareat & constet de relato. vid. Dd. *add. Auth. si quis. C. de edendo.*)

CAP. XXVIII.

De SENTENTIA SEU RE judicata.

Ad Nov. 82. § ult. & Nov. 113.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*

2 *Iudices & arbitri compromissarii secundùm leges & mores, non secundùm rescripta principum lite pendente insinuata &c. iudicare debent.*

3 *Sententia alia definitiva, alia interlocutoria.*

4 *Interlocutoria potest retractari, definitiva non potest.*

5 *Interlocutoria non terminat totam litem: definitiva terminat.*

6 *Ab interlocutoria non appellatur iure civili: appellatur à definitivâ.*

Qui

Digitized by Google

QUi † in judiciis litigant, non ideò id faciunt, ut perpetuò litigent, 1
aut ferram reciprocent, quod dici solet: sed ut tandem controversia
finem accipiat per sententiam judicis definitivam. Hac de re in unâ &
alterâ Novellâ breviter attingitur, quodnam † sit officium judicis, 2
videlicet *Nov. 82. §. ult. & N. 113.* ut judices vel arbitri compromissarii judicent
secundùm leges & mores: non autem secundùm rescripta vel pragmaticas for-
mas vel jussiones principis, quæ lite pendente impetrantur per unum ex liti-
gantibus & judicibus insinuantur: non etiam secundum referendariorum de-
positiones, qui judicibus denunciant, quomodo princeps litem velit dirimi:
non denique secundùm jussiones magistratuum. Quòd si judex litem discepta-
verit non jure, sive secundùm leges & mores, sed secundùm rescripta, lite pen-
dente sibi insinuata: tùm verò definitivam sententiam ipso jure nullam esse, &
ex compromisso nullam esse pœnæ petitionem. (quæ aliàs locum haberet si re-
ctè processisset compromissum.) Rescripta enim ejusmodi videntur potiùs
ambitiosa esse, & ad gratiam concessa, vel importunitati petentium indulta,
quàm juri conformia. Plura de officio judicis, in sententiâ ferendâ explican-
tur *ad tit. Instit. de off. judic.* & ab iis qui aliquid de ordine judiciorum literis
mandârunt: ex quibus videri possunt inprimis hi recentiores: Rosbachius, Gi-
phanius, Petr. Terminæus, & Ludov. Gilhusius. Sicut etiam iidem de inter-
locutionibus judicum possunt consuli. Est † enim notissima hæc sententiæ 3
divisio, ut alia sit interlocutoria, alia definitiva: unde sic habet titulus *in C. de*
sententiis & interlocutionibus omnium judicum. Tametsi sententiam, cùm absolu-
tè nominati audimus, definitivam exaudire debemus. Inter has duas species,
cùm aliæ sunt insignes differentiæ; tùm hæ duæ: quòd † interlocutio potest 4
revocari sive retractari à judice, qui eam protulit: sed definitiva sententia pro-
lata ab eodem judice revocari non potest: semel enim officio suo perfunctus est
judicando, sive benè sive malè. Vid. *l. 14. quod jussit.* & ibi Zasius. *ff. de re judic.*
Altera differentia est, † quod interlocutio non terminat totam litem, sed tan- 5
tùm aliquem eius articulum, sive partem processus dirigit, verb' gratia, quis de-
beat litem contestari, quis satisdare, & an idonea sit satisdatio, quæ offertur:
quis debeat probare, an debeat dilatio concedi, an testis admitti debeat, an nu-
merus testium excedat modum, & quæ sunt hujusmodi alia: sed definitiva sen-
tentia litem terminat. *l. 1. ff de re judic.* Est † & tertia insignis jure civili dif- 6
ferentia, quod ab interlocutoria non licet provocare, sed tantùm à definitivâ:
quod tamen discrimen sublatum est à Jure Canonico: quo admittitur appella-
tio ab interlocutoria, & à quolibet gravamine non tantum præsente, sed
etiam futuro, quod quis veretur. Quam differentiam
annotavi *in tractatu differentiarum*
utriusque juris.

CAP.

CAP. XXIX.

DE EXECUTIONE SENTENTIÆ.

Ad Nov. 96.

SUMMARIA.

1. *Continuatio.*
2. *Executionis necessitas.*
3. *Quomodo fiat executio.*
4. *De executoribus litium, & missione in possessionem, remissivè.*
5. *Auctores laudati qui de executione rei iudicatæ scripserunt.*
6. *Executio à Germanis vocatur* die Hülff: *& quare.*

1 POst † rem judicatam nihil restat non interpositâ appellatione, aut
2 simili remedio, ut vocant, suspensivo; nisi executio: quæ † quidem adeò est necessaria, ut quemadmodum leges, quę nullam habent executionem, nullius in Repub. sint utilitatis, ut tractatur *ad l. 2. ff. de orig. Iur.* ita nec sententia ullas habeat vires, vel certè inaniter lata sit, si careat executione. Non est quidem ab executione inchoandum: *l. 1. C. de execut. rei iudic. cum similib.* veruntamen sententiam & causæ cognitionem sequi debet exe-
3 cutio: ne sine eâ inanis sit sententia. Fit † autem executio vel pignoribus captis ac distractis, vel missione in possessionem: qua de re videatur *cum multis aliis ll. eiusd. tit. l. à Divo pio. 15. ff. de re iudic. & 1. tit. C. de execut. rei iudic.* & circa hæc
4 quidem Imperator jure novissimo nihil innovavit. De † executoribus autem litium, qui & *viatores* dicebantur, ut est *in §. tripli. Inst. de action* videatur N. 96. & de missione in possessionem *Nov. 167.* & ibi Cujacius. Giphanius † to-
5 tum argumentum de executione rei judicatæ, quatuor hisce capitibus complexus est. 1. explicans de personis, quæ faciant executionem. 2. de rebus & bonis, in quibus executio fiat, & quo ordine. 3. de modis seu remediis executionis, quorum alia sunt ordinaria, alia extraordinaria. 4. de exceptionibus & impedimentis, quæ executioni solent obiici. Idem quoque Giphanius latè explicat *in tractatu de ordine judiciorum*, missionem in possessionem. Plura de executione videri possunt apud Matth. Colerum *in tractatu de processibus executivis*, & apud Rosbach *in processu judiciario tit. 79. sive ultimo:*, item apud Gilhusium *in arb. iudic. cap. 10. eodemque ultimo.* quod est instar compendii sive epitomæ prolixi illius tractatus Coleri. addi quoque potest præter alios autores ordinationum Reformatio Norimberg. *tit.* 11. Von gerichtlicher execution vnd Vollziehung/gegangener Vrtheil. *per novem leges.* Germani †. nostri plerunque vocant executionem, Die Hülff: quasi per excellentiam tribuentes auxilii appellationem huic speciei.

CAP.

CAP. XXX.

De Cessione bonorum.

Ad Nov. 135.

SUMMARIA.

1. *Beneficium cessionis bonorum, ex L. Iuliâ* 1.
2. *Per N* 135. *valdè imminutum, ac pænè sublatum.*
3. *Cur ex Nov.* 135. *Irnerius nullam authenticam retulerit in Codicem sub. tit. qui bonis cedere poss.*
4. *Remissio ad auctores qui hoc argumentum tractárunt.*
5. *Statuta quædam circa hanc rem.*

NOtum † est etiam ex *Instit. §. ult. de act.* beneficium cessionis bonorum, sive miserabile illud auxilium ex L. Juliâ concessum debitoribus obæratis, ad effugiendum carcerem & alios corporis cruciatus, aliaq; incommoda; de quo & in ff & C. extat *tit. de cessione bonorum, & qui bonis cedere possunt.* Hoc † jus cedendi bonis, Imperator noster valdè imminuit, adeoque ferè in totum sustulit per *Nov. 135.* quâ constituit, ut debitor, qui non suâ culpâ, sed fortunæ novercantis, vitio decoxerit, liberetur ab omnibus molestiis carceris & cruciatibus corporis, etiam sine miserabili illo auxilio cessionis, id est, quamvis bonis non cesserit: si modò ejuret bonam copiam, id est, si jusjurandum det, se non esse solvendo. Quo tamen casu creditoribus permittitur *in eadem Nov.* ut ipsi conquirant ac vindicent bona debitoris, quæcunque possint, imò etiam debitores sui debitoris conveniant. Mirari † autem licet, cur ex hac Novellâ Irnerius nullam Authenticam retulerit in Codicem *sub d. tit. qui bonis cedere possunt.* Quod fortassis ideò prætermisit, quia hoc jus suo jam ævo in desuetudinem abierat, & revocatum jus ff & C. ut nonaliter quis posset carcerem, & alia incommoda declinare, quàm bonis cedendo.

Si † plenum de cessione bonorum facere vellem tractatum, multa hîc afferre & cumulare possem: sed præter Cujacium *hîc & ad N. 4. c. fin.* videantur commentarii doctissimorum virorum *ad d. § fin. Inst. de actio.* & Alciatus *lib. 2. pareg. cap. 47.* Guilhelmus Fornerius *lib. 2. selection. c. 27.* Item P. Gregorius *in syntagm. juris universi lib. 22. c. 8. & aliq; not seqq.* Latissimè autem & accuratiss. Dn. Giphanius *in tract. de ordine judic.* ubi de eâ per hæc capita explicat: 1. de origine causâ & usu cessionis bonorum. 2. de formâ, seu modo & requisitis eius. 3. de vi & effectu septuplici. 4. de casibus, quibus cesset, sive nõ habeat locum cessio bonorum: postremò de quinque cognatis seu affinibus remediis.

Observanda † autem sunt quorundam locorum statuta, quibus debitores non possunt hodiè bonis cedendo effugere carcerem, vel addictionem in servitutem creditorum ad operas serviles ipsis præstandas, donec debitum fuerit persolutum. Et quidem de Jure Saxonico præter alios testatur Schneidew. *ad Inst. d. loco* & videnda Reform. Norica *tit. XI. l. 6.* (& videantur autores differentiarum Juris Civilis & Saxonici.)

CAP. XXXI.

De fructibus, & litium expensis, & sportulis.

Ad Nov 8.17.57.82.86.112.& 124.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Remissio ad auctores qui de expensis & sportulis commentati sunt. & num. 4.*
3 *Victus in expensas condemnatur: nisi justam litigandi causam habuerit.*

1 IN † judiciis creberrima quoque est mentio expensarum & sportularum: de † quibus videantur Cujacius *ad dictas Nov.* item *ad tit. C. de sportulis. in paratit.* & *ad tit. C. de fruct. & lit. expensis.* Item Dd. *ad l. properandum. C. de Indic § sin autem alterutra.* & Gail *lib. 1. obs 152. & 153.* Præterea videantur, qui de processibus scripserunt, & quidem novissimè Rosbach. *tit. 78* & Gilhusius *in arb. judic. c. 9.* ubi varias expensarum divisiones ac
2 species recenset: & causas † justas exponit, quibus expensæ solent invicem compensari. cujus rei summa ferè est, si justam quis habuerit litigandi causam. Aliàs victus victori in expensas condemnatur: de quo Dd. tractant *ad l. 13. C. de*
3 *judic.* sed fallit si justam habuerit quis causam litigandi. De sportulis, † quæ partim dantur judicibus pedaneis, partim executoribus litium, tractatur etiam in Instit. *d. §. tripli. de action.* & à plerisque auctoribus ordinationum judicialium.

CAP. ULTIMUM.

DE APOSTOLIS.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Appellans apostolos petere debet.*
3 *Apostoli quintuplices.*
4 *Remissio ad auctores.*

1 QUæ † superiùs dicta sunt de executione rei judicatæ, hanc recipiunt limitationem: nisi à sententiâ appellatum fuerit sive provocatum. Appellatio enim ad superiorem judicem (de qua *parte seqq.* dicemus, quatenus Novv. nostræ occasionem nobis præbebunt) ligat manus inferiori judici, ejusque sententiam suspendit ab executione: unde *remedium*
2 *suspensivum* ab Impp. appellatur. Debet † autem is, qui appellationem interposuit, Apostolos sive literas dimissorias instanter, instantiùs, & instantissimè
3 petere à judice. Faciunt † interpretes Apostolos quintuplices: 1. testimoniales: quos dat Notarius coram quo provocatum est. 2. Dimissorios: quos dat judex, à quo provocatum est 3. Refutatorios, quos etiam dat judex. 4. Conventionales. 5 Reverentiales, nempe quando ad reverentiam superioris judicis defert ap-

Digitized by Google

fert appellationem. Videatur † Hoſtienſis *in ſumma tit. de Appellation.* & 4
ſpeculator *lib. 4. tit. de Apoſtolis.* Addantur quoque P. Terminæus, Rosbach. & Gilhuſius: ut alios nunc omittam ſcriptores proceſſus judiciarii: itemque interpretes *ad l. 106. dimiſſoriæ ff. de V. S.*

Atque hîc interquieſcendo partem nonam expoſitionis noſtræ terminamus: poſt ferias Deo dante, partem decimam *de Appellationibus* reſumturi.

PARTIS NONÆ FINIS.

PARS DECIMA

NOVELLARUM EXPOSITIONIS METHODICÆ.

De Appellationibus, ſive ſecundis judiciis: & obiter etiam de aliis reſcindendæ ſententiæ remediis: necnon de quibusdam utriuſque inſtantiæ communibus.

PROOEMIUM.

SUMMARIA.

1 *Commendatio huius materiæ. & num. 4. ac 5.*
2 *Appellatio quare dicatur commune auxilium?*
3 *Continuatio.*
4 *Ratio introducta appellationis.*
5 *Vſus appellationis ampliatus Iure Canonico, at coarctatus moribus noſtris.*
6 *Appellatio ſtatuto reſtringi tollique poteſt.*
7 *In quibus Novellis atq; Authenticis de Appellatione agatur & quo diſcrimine?*

QUM † plura ſint remedia, quibus iniquitas ſententiæ in primo judicio latæ corrigatur, eaque reſcindatur, de quibus infrà *ſub finem huius decimæ partis* dicam inter illa facilè princeps eſt Appellatio: quam Papinianus vocat *auxilium commune l. 3. §. 1. D. ratam rem haberi:* quia † communiter patet omnibus hominibus ſive illi ſint majores ſive minores: 2
cùm reſtitutio in integrum, aliaque auxilia infirmandarum ſententiarum, non æquè ſint communia & latè pateant. Fortaſſis ideò quoque *auxilium commune* dicitur appellatio, quia jure communi & moribus introducta eſt. Fuerunt quidem leges Valeriæ apud Romanos de provocationibus, (de quibus videatur Livius) ſed eæ tantùm erant in publicis judiciis. De privatorum autem judiciorum, ſeu cauſarum civilium, appellationibus, nulla certa lex lata fuit: ſed conſuetudine potiùs eæ ſunt receptæ. Quare † cum de primis judiciis parte præ- 3
cedente à nobis dictum ſit: deinceps juſtâ ordinis ratione de ſecundis quoque, id eſt, de appellationibus, videbimus. Etſi † autem Reipublicæ intereſt res 4
ſemel judicatas manere firmas, minimèque convelli quippe quarum autoritate reſpublica contineatur: tamen quia ſæpè fit, ut judices inferiores iniquas dent ſententias, quod vel malitiâ doloque malo, gratiâ vel odio, vel ſordibus corru-

pti sint: vel imperitiâ juris, seu per errorem, imprudentiam ac stultitiam labantur *l.51. si per imprudentiam. in pr. D. de evictionib. l.17. ex diverso. §. ult. D. solut. matrimon. l.26. jure nostro. in pr. D. de testament. tut. l.15. filiusfam. D. de iudiciis, & toto tit. C. de pœnâ judicis qui malè judicavit*: visum est non minùs interesse Reipublicæ, & humanum atque benignum, ut eiusmodi iniquitas corrigatur provocatione sive appellatione ad superiorem judicem, sive ad majus auditorium, à quo jus æquius melius que speratur, quod Ulpianus eleganter vocat, *mereri meliorem sententiam. l.11. cum ex causâ. D. de appellat.* Et hinc idem Ulpianus in *l.1. in pr. D. eod. tit.* rectè commendat hoc argumentum à frequenti & necessario usu.

§ Magnus † quidem ille est & latissimè patet in jure civili: sed multò etiam major ac latiùs patens in jure Canonico, quo licet etiam ab interlocutoriâ, non tãtùm à definitivâ appellare: id quod jus civile non nisi rarissimè permittebat. Qua de re dixi plura *in tractatu Differentiarum utriusq; Iuris.* Moribus tamen nostris in Germaniâ usus appellationum in criminalibus ferè nullus est, ac in totum sublatus: (aliter in Gallia & Italia) unde in Camerâ Imperii non recipiũtur appellationes causarum criminalium: sicut neque matrimonialium: cùm jure civili etiam in criminalibus appellationes permittuntur, & non tantùm ipsi qui criminaliter condemnatus est, liceat provocare, sed etiam alii pro eo: nec tantùm necessariæ personæ, id est cognatione aliquâ condemnato junctæ, ut in *l.pen. §. ult. D. quando appellandum sit & intra que tempora*: verum etiam cuivis extraneo pro eo *l.6. non tantùm. D. de appellation.* quod humanitatis ratione receptum esse Ulpianus ibidem testatur, *d. l.6.* Quò facit etiam *l.33. servum quoq;* & *§.2. pub. è D. de procurator.* item *l.29. addictos. C. de appell.* Quanquam † autem valdè favorabilis est appellatio: tamen verùs videtur, statuto seu lege Municipali eam non solùm restringi, sed etiam plane tolli posse: *arg. l. unic. C. de sent. præfect. prætor.* ubi non licet appellare à sententiâ præfecti prætorio: concordat *l.19. à proconsulibus, & l.30. si quis provocatione, & l.35. cùm jam, C. de appellationibus.* itemque *Nov.82. Nov.115. & Nov.119.* Tres præterea alias rationes hujus sententiæ adfert Dn. Giphanius *in tractatu de Appellationibus*: unam, quia appellatio introducta sit jure civili: Quidni igitur etiam possit tolli alio jure civili? *arg. §. sed naturalia. Instit. de iure N. G. & C.* Alteram, quia appellatio sit introducta contra summum jus: rescinditur enim per eam id quod semel ritè perfectum est, & pro quo est præsumptio juris, cum & aliàs factum legitimè, non debeat retractari. *c.73. de regul. juris. in 6.* Tertiam, quia si pacto potest tolli provocatio, (ut potest utique tolli. *l.ult. §. ult. C. de tempor. appellat.*) multò magis igitur lege & statuto: cujus major, & meritò quidem, vis est, quàm pacti. Non enim debet pacto quid effici posse, quod non possit lege: sive non debet plus permitti pacisentibus, quam legislatori: ut docet Nicolaus Everhardus *in Topicis in loco à pacto ad legem*, statutum, vel consuetudinem: ubi tamen ipse est in contrariâ sententiâ, quam etiam tenent Mynsing. *cent.1. obs.14.* & Gail *lib.1. obs.135. n.12.* non valere statutum prohibens appellari à sententiâ: quod etiam probatur per *c. veniente, §. quia verò. extr. de iureiurando.* Rationem diversitatis inter pactum & statutum: cur, inquam, tolli possit appellatio, hoc non possit tolli, hãc reddunt,

satis

ſatis probabilem ne dicam ſpecioſam: quia pactum directò non tangat jus ſuperioris, ſed tantùm paciſcentes per id à ſe abdicent, id quod in ſuâ eſt facultate (poteſt autem unus quisque ſuo favori renunciare) ſtatutum verò de non appellando directè diſponat aliquid contra jus ſuperioris judicis, quod fieri non debet: quam ad rem allegant etiam Panormitanum *in cap. cum dilectus, extr. de arbitris.* Plura de hac quæſtione videri poſſunt apud Bartolum & alios Dd. *adl. omnes populi, C. ubi de vi ſtatutorum ſolent tractare) D. de I. & I.*

Agit † autem Imperator de appellationibus in his potiſſimum Novellis 23. 7
24. 25. 26. 41. 49. 50. 62. 75. 82. 93. 115. 119. 126. inter quas hæc notabilis eſt differentia: quòd quædam earum ſunt univerſales, & ad omne genus judicum ubivis locorum & temporum pertinent: aliæ verò particulares ſeu topicæ, certorum locorum ac judicum propriæ. Et de his quidem nobis hodiè minùs laborandum videtur: utpote quæ moribus ac temporibus noſtris minùs conveniant. (Quid enim ad nos attinent Prætores, verbi gratia Piſidiæ, Lycaoniç, Thraciæ, Siciliç, aliarumque provinciarum, ut erant tempore Juſtiniani? quorum notitia quidem aliquid ad Hiſtoriam habet momenti: cæterùm ad uſum ac mores noſtros nihil facit.) Illæ verò diligentius cognoſcendæ ſunt: quippe quibus perpetua jurisdictio contineatur. Atque ex his Novellis decerptæ ſunt, & in Codicem relatæ, *Auth. hodiè. C. de appellation. Authent. ei qui appellat. Auth. ſi tamen in medio. Auth. ſed & his, & Auth. Item ſi appellatione. C. de tempor. & reparation. appell.*

CAP. I.

Continens expoſitionem Novellæ 23.

SUMMARIA.

1 *Novella 23. primitùs Latinè ſcripta, atque etiam deinde in ius Canonicum relata eſt.*
2 *De inſcriptione d. Nov. 23.*
3 *Partitio eiusdem in tria capita.*
4 *Primum caput Nov. 23 fatalium interponendæ appellationis ampliatio: ubi & ratio tam veteris quam novi iuris.*
5 *Fatalia appellationum tripliciа; & cur ſic nuncupentur?*
6 *De decendio, fatali interponendæ appellationis præcepta quinque.*
7 *A quovis iudice appellari poteſt: niſi reperiatur exceptus.*
8 *Quinam ſint excepti? remiſſivè.*
9 *Cur à præfecto prætorio appellari non poſſit?*
10 *Præfectum prætorii etiam Iuriconſultum quibuſdam contingit.*
11 *Secundum Nov. 23. caput: ut tempus appellationis non currat appellanti, ſi per principem (vel alium iudicem) ſteterit quo minùs ille appellationem proſequatur.*
12 *An eo caſu appellans tutus ſit ipſo iure: an an verò reſtitutione in integrum opus habeat?*
13 *Iudex dare debet ſententias ex conſilio ſapientium; & hoc ipſum in ſententiis exprimere.*
14 *Tertium Novella 23. caput: quis à quo appelletur?*
15 *Eius rei præcepta generalia quinque.*
16 *Epilogus Nov. 23 ut non mutatæ pro non mutatis habeantur.*
17 *Novella 23. prior eſt Novella 20.*

HÆc prima eſt in ordine Novella, qua de Appellationibus agitur. Monui † autem ſuprà *in prolegomenis huius tractatus*, quamvis majori ex parte Græcâ linguâ promulgatæ ſint Novellæ; tamen quasdam eſſe 1

Digitized by Google

Latinè ſcriptas: ex quarum numero iſta eſt præſens: quæ etiam Canonizata eſt, ut loquuntur, id eſt, in jus Canonicum relata à Gratiano *in Can. 27. anteriorum. can. 2. q. 6.* In Græcis editionibus Haloandri & Scringeri tantùm epitome eius extat.

2 Eſt † & illud notandum initio; Inſcriptionem Novellæ noſtræ pleniorem eſſe in editione veteris interpretis & Henrici Scrimgeri, quàm apud Haloandrum, vel Cujacium. Hi enim tantùm habent περὶ ἐκκλήτων, id eſt, *de appellationibus*: ſed in veteri translatione ſic habet titulus: *de Appellationibus, & intra quæ tempora debet appellari.* Apud Scrimgerum ſic habet, ut latinè reddam: *de Appellationibus, ad quem dirigantur, ſi usque ad decem auri libras aſcendit cauſa, de qua appellatum eſt.*

3 Tribus † autem conſtat capitibus: primum eſt de temporibus appellationum interponendarum: ſecundum, de præſcriptione ſeu fatali appellationis aliquando ob juſtam cauſam ceſſante, *in §. Adhæc ſancimus*: tertium, de perſonis judicum, quis, à quo appelletur.

4 Ad primum † quod attinet, corrigit Imperator acerbitatem antiquitatis ſive anteriorum legum, quibus valdè arcta erant interponendæ appellationis tempora. Nam diſtinguebatur inter eos, qui proprio, & eos qui alieno nomine litigaſſent. Qui proprio nomine litigans (vulgò *principalem* vocant, Græci πρωτότυπον) ſententiam reportàrat contrariam, quæ iniqua ipſi videbatur, tantùm intra biduum appellare poterat: qui verò alieno nomine, ut procurator, defenſor, tutor, patronus, &c. agebat, & in ſummâ quoties cauſa reſpiciebat ad alienum lucrum vel damnum, intra triduum appellatio interponi poterat: poſteà provocare volens, non amplius audiebatur, ſed ſententia executioni mandabatur, utpote quæ in rem judicatam tranſiiſſet. De hoc jure veteri videatur *l. 1. §. 1. biduum, & §. 6. quòd in ſententiis, & §. 11. in propria cauſa. & §. 13. tutores item l. pen. D. quando appellandum ſit, & intra quæ tempora. & l. 6. cod. C. de appellat.* Ratio fuiſſe videtur, ut tantò citiùs ſententiæ per appellationem non ſuſpenſæ finem ſuum acciperent: qui poſitus eſt in executione. Sed Juſtinianus *in initio huius Novellæ* hujus juris acerbitatem mitigavit: utpote quod nimis arcta tempora appellationibus præfixiſſet: itaque ipſe pro biduo & triduo laxius conceſſit ſpatium, decem dierum: ſublato illo diſcrimine, inter cauſas proprias & alienas. *Authen. Hodiè C. de Appellat.* Et hoc jus hodiè in toto Imperio obſervatur, ut ſive quis alieno ſeu proprio nomine egerit, indiſtinctè habeat ſpatium decem dierum, (vulgo *decendium* vocant) intra quod appellare poſſit. Ratio cur tam laxum ſpatium ſit conceſſum appellare volentibus, exprimitur ab ipſo Imperatore: ut ſcilicet liceat homini intra id pleniſſimè deliberare, appellandúmne ei, an acquieſcendum ſit. Ubi valdè notabilis eſt ſententia Accurſij *in gloſſâ: quicquid conſilii moderatione perficitur, non conſuevit pœnitudinis rubore perfundi, ſed perpetuâ firmitate durare.* Et Imperator hic: *Inſpectionis*, inquit, *copia* (id eſt, ſpatium deliberandi) *poteſt & indiſcuſſos hominum calores refrenare.* Erat olim etiam hoc incommodi in illâ brevitate bidui & tridui: quòd inconſultâ facilitate hominum vel potiùs temeritate, nimis multiplicabantur appellationes: dum ſcilicet me-

Digitized by Google

cet metuebat quisque ne causam planè amitteret, si non maturè appellasset. Hanc igitur multitudinem & frequentiam appellationum immodicam, meritò resecandam & refrenandam Imperator existimavit. Atque † hoc est il- 5
lud tempus decendii quod Dd. vocant *fatale interponendæ appellationis*: ideò scilicet, quia nisi intra decem dies, sive tempus illud legitimum appellatum sit, perimitur atque expirat, quasi fato quodam suo & morte, facultas appellandi; ut postea non amplius audiatur, si quis appellare voluerit. Opponitur ei *fatale introducendæ appellationis*: item *fatale prosequendæ appellationis*. Hæc enim tria fatalia Dd. distinxerunt: de quibus videantur, qui de Ordine judiciorum & de processu judiciario scripserunt *sub tit. de appellationibus*. Cujacius *ad Nov. 106. legitima tempora* vocat, quæ aliis sunt *fatalia*.

De † hoc igitur spatio decem dierum hæc potissimùm observanda sunt. I id 6
numerandum esse à tempore recitatæ seu pronunciatæ sententiæ, ut *hic, & d. Auth. Hodiè. C. de appellation.* ubi malè in quibusdam libris legitur, *à sententiæ revocatione*. (legendum enim *recitatione*) II. quamvis tempus legale plerumq; & regulariter sit continuum: tamen hoc spatium decem dierum, quoad quid (sive partim) esse utile; & quoad quid continuum. Bartol *hic. n.* 1. Utile est quoad initium: continuum est, quoad progressum. Videatur etiam Gilhusius *in arboreiudic. c. 8 parte 3. de appellationibus, n. 36.* III. Id tempus concedi, non solum appellanti à definitivâ, sed etiam ab interlocutoriâ. Bart. *h. n.* 2. qui etiam quærit *n. 6. & ult.* an judex, qui interlocutoriam tulit, possit eam exequi intra decem dies, si is, contra quem lata est, dixerit se appellaturum: & remittit ad speculatorem *tit. de appellationib. §. restat. versic final.* & *ad gl. Iuris Canonici in cap. fin. de appellationibus in 6. cum aliis locis.* IV. Hoc tempus de momento ad momentum computari: hoc est, ut dies ultimus cœptus non habeatur pro completo, ut aliâs interdum fit. Bartol. *num 3.* V. Posse etiam die feriatâ appellationem interponi, quamvis exerceri non possit: idem Bartolus *num. 4.*

Ait † Imperator, *exceptâ sublimissimâ prætorianâ præfecturâ, posse appellari à* 7
quibusvis judicibus, sive maiores sint, sive minores. quam divisionem judicum crebram esse Imp. nostro, aliâs sæpè monui. Hîc notandum generaliter à quovis judice appellari posse; nisi quis probetur exceptus. Sunt † autem præter 8
præfectum Prætorio, etiam alii quidam judices & magistratus excepti, à quibus appellare non licet quos annotatos videte apud Accursium *hîc, in verbis: sive magni.* Sæpè † autem hoc repetitur in jure nostro non posse à sententiâ præ- 9
fecti prætorio appellari, cujus rei ratio redditur à Charisio *in l. unic. D. de officio præfecti prætorio:* quia scilicet princeps crediderit eos, qui ob singularem industriam exploratâ eorum fide & gravitate, ad juris officii magnitudinem adhibẽtur, non aliter judicaturos esse pro sapientiâ ac luce dignitatis suæ; quàm ipse foret judicaturus: quasi dicat: sicut ergò à sententia principis appellare nemo potest, ad quem enim fieret appellatio, cùm nemo sit principe superior? omnis autem appellatio fit ab inferiore ad superiorem; ita neque à sententiâ præfecti prætorio quisquam appellare poterit. Et † notandum est, hanc summam 10
dignitatem etiam Jurisconsultis quibusdam olim contigisse: verbi gratia, Papi-

niano

niano & aliis. Videatur & N 82 & N. 119. ut nunc alia loca omittam. Sed hæc potiùs ad locum de perſonis à quibus appelletur pertinent; quàm ad tempora appellationum, de quibus hîc ex profeſſo agimus.

Sequitur † altera Novellæ noſtræ pars: quâ ſummatim hoc cavetur, ut ſi fortè princeps, ad cujus conſiſtorium appellatum eſt, aliis occupationibus diſtentus, non potuerit convocare ſenatum habendæ conſultationis ergò, ex hac mora judicii, nulla temporalis præſcriptio obſtet appellanti. Eſt quidem cauſa appellationis intra annum introducenda in conſiſtorium principis: veruntamen ſi per occupationes principis, circa Remp occupati, factum ſit, quò minùs eâdem die compleri poſſit, non idcirco deperibit, non extinguetur: *ult. §. ſi tamen, C. de tempor. appel.* Neque ſolum obtinet hoc in appellatione factâ ad principem, ſed etiam ad alios judiçes: ut ſcilicet tempus non currat appellanti, ſi per judicem ſteterit, quo minùs quis appellationem proſequatur. Bartol. *ad §. ad hæc. n. 2.* lis, inquam, hoc caſu non perit, ſed datur temporis reparatio. Cujac. *hic* per *d. l. ult. § illud etiam. C. de tempor. appell.* & *Nov. 119.* Allegat etiam *l. 2. C. Th. de reparatione appellationum*, & locum Symmachi *ex libro 10. Epiſtolarum ad Imperatorem Theodoſium*, ubi allegantur ſanctiones principum, quæ jurgantibus tribuunt reparationem, ſi per cognitorem, hoc eſt, judicem, cauſa labatur. Ratio eſt manifeſtæ æquitatis: tùm quia factum cuique ſuum, non alteri obeſſe debet: tùm quia nihil eſt, quod poſſit illi imputari, qui per judicem impeditus eſt. Quâ rationem ipſe indicat Imperator illis verbis: *Quod enim vitium eſt litigantium, &c.* tum denique, quia tralatitium eſt, præſcriptiones non poſſe officere non ceſſantibus; ſive, agere non valenti non currere præſcriptionem. *l. contra. C. de inoffic. teſtamento cum ſimilibus.*

12 Quærit † hîc Bartolus, utrùm litigator, qui appellavit, & appellationem ſuam proſequi non potuit, quia per judicem fuit impeditus, ipſo jure ſit tutus: an verò indigeat reſtitutione in integrum? Multum ſanè intereſt, hoc an illud dicamus, propter ſumptus ſive expenſas, qui in petitionem reſtitutionis faciéndi eſſent. Verius autem eſt, ipſo jure quem tutum eſſe, nec opus ei fore aliquâ reſtitutione in integrum. Hoc enim velle videntur illa verba textus: *cauſa integra permaneat, &c.* Poſſet quis tamen in contrarium niti autoritate Symmachi, qui *reparationem* vocat: cùm reparatio nihil aliud ſit, quàm reſtitutio in integrum. Poteſt etiam dici eum qui appellavit debito tempore & impeditus fuit introducere aut proſequi appellationem, ſi poſteà eandem appellationem urgere velit, eique præſcriptio aliqua ab adverſario obiiciatur; poſſe, inquam, eum replicando dicere, hanc præſcriptionem ſibi non obſtare, ſive adverſus ſe non currere: quippe per quem non ſteterit, quò minùs appellationem induceret ſuo tempore, vel proſequeretur.

13 Porrò † ex eo quod hîc dicitur, de cõvocandis patribus ac proceribus conſultationis habendæ causâ in conſiſtorio principis: benè notant Accurſius & Bartolus debere judicem dare ſententias habito conſilio ſapientum; & hoc ipſum in ſententiis exprimere. Atque hinc fluxit mos ille, hodièque receptus, ut in ſententiâ ponatur talis clauſulâ: Auff gehabten oder auff eingeholten Rath

der:

Digitized by Google

der Rechtsgelehrten/ wird zu Recht erkandt/oder iſt der beſcheidt/ꝛc. Idque maxime in criminalibus cauſis: utpote in quibus majus periculum verſatur, diligenter obſervandum, quoties aliquod dubium emergit, multis locis præcipit conſtitutio Carolina, Die peinliche Gerichtsordnung. De conſilio autem ſapientis peculiares extant tractatus: cujus argumenti etiam eſt liber Gabrielis Paleotti, *de Conſilio Cardinalium.*

Tertium † & ultimum hujus Novellæ caput, agit de perſonis, quis & à quo 14
appelletur. In hoc capite quædam ſunt ſpecialia, ſive accommodata ad certum tempus ac formam Reipublicæ ſive ſtatum Imperii, qui olim fuit: quædam generalia & quorumlibet temporum ac locorum. De ſpecialibus & temporalibus, itéq; localibus illis nihil dicam, ſed remittam Auditores ad ea, quæ doctiſſimus Cujacius, & nuper Joachimus Stephanus attulerunt: verbi gratia, de diviſione ordinis in quinquecenſes: de ſpectabilibus & illuſtribus, qui erant diſtincti tituli & gradus dignitatum: de quibus Cujacius *ad Novell. 20. & alibi:* minima, inquit, dignitas eſt Clariſſimatus (quæ erat eorum, qui ordinarii dicebantur) media *ſpectabilitas:* major *illuſtratus.* Item de diſtinctione veteri magiſtratuum in majores, medios, & minores: quam Imperator in hac Novellâ venerandæ vetuſtatis autoritati tribuit: & ſi qua ſunt hujusmodi ſimilia. Generalia † & perpetua hæc ferè ſunt, quæ operæ pretium eſt annotare. I gradatim 15
appellandum eſſe à minore judicio ad majus tribunal aſcendendo: quod niſi fiat, perperam in cauſis proceditur. II. Non oportere appellationes referri ad compares judices: ſive, parem à pari non appellandum: quò facit quod alibi dicitur; *par in parem non habet imperium.* III. Cavendum eſſe, ne ſuper minimis cauſis maximi judices inquietentur: néve homines propter minimas cauſas magnis diſpendiis fatigentur: qua in re hodiè paſſim locorum perniciosè peccatur. IV. Ad id, quod in hac Novellâ dicitur de quibusdam judicibus, ad quos olim appellare non licuit, niſi in cauſis, quæ ſuperant quantitatem 10. librarum auri, obſervetur etiam noſtris moribus paſſim receptum eſſe, ut à quibusdam judicibus non liceat infra certam ſummam appellare. Idque ferè ſpeciali privilegio Imperiali conceſſum eſt & principibus quibusdam & civitatibus Imperii, ut latè docet Gilhuſ. *in arb. ad ciaria c. 8 part. 3. de appellat. n. 32. per ſeptem columnas, uſq; ad num. 33.* V. Notandum eſt de delegatis principis & de appellationibus quæ ab his fiunt, nonnihil hic derogari *l. 32. præcipimus.* C. *de appellat.* ut docet Cujac. *hic p. 191.*

Ad † extremum Novellæ addit Imperator, velle ſe, ut omnia alia, quæ de 16
appellationibus antè ſunt ſtatuta, vel ab antiquâ proſapiâ (ita vocat Juriſconſultos veteres, ſeu antiquam Juriſprudentiam, ſicut & alibi) vel ab anteriorum conſtitutionum autoritate: vel à ſuâ humanitate: ut, inquam, illa omnia intacta illibataque cuſtodiantur. Quod quidem etiamſi diſertè non caviſſet Imperator, tamen ſatis per ſe intelligi poterat. *arg. l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellat. & l. ſancimus 27 C. de ſe lamentis.*

Illud † non eſt prætereundum, hanc Novellam, licet ordine poſterior ſit & 17
ſequatur vigeſimam, tamen vigeſimam tempore eſſe poſteriorem: ut docet Cu-

Digitized by Google

jacius *ad utramq; Novellam*. Neque hoc novum eſt, ut quædam Novellæ tempore poſteriores, ordine priore ſint collocatæ. Quod etiam accidit Novellæ 50. quæ tempore præcedit 41. ut monet idem Cujacius *ad initium Novellæ* 41. & dixi nonnihil eâdem de re etiam *in prolegomenis huius tractatus*.

CAP. II.

De Appellationibus quinque Provinciarum.

Ad Nov. 41. & Nov. 50.

SUMMARIA.

1 *Per Nov. 41. derogatur Novellæ 50.*
2 *A iudice dato appellatur ad dantem, eiusve ſucceſſorem, aut vicarium.*
3 *Iudicium finiri debet apud eum apud quem cœpit, aut apud ſucceſſorem eius, vel vicarium.*

QUænam ſint hæ quinque provinciæ, de quarum appellationibus hæ duæ Novellæ agunt, petatur ex ipſarummet lectione, & ex Cujacii expoſitione: & meminerimus † per *Nov* 41. in parte derogari 50. quæ tempore prior eſt. Quomodo autem derogetur ſatis dilucidè explicat Cujacius: qui etiam de illorum temporum magiſtratibus, quorum ibi 1 2 ſit mentio, eruditiſſimè diſſerit. Illud † in genere obſervetur: à judice dato appellari eum, qui judicem dedit: quod ita accipiendum eſt, ut ſucceſſor quoq; ejus appellari poſſit *l. 1. D. quis & à quo appelletur* item vicarius eius ex *Novell. 41.* 3 ſecundò † obſervetur, quod vulgò dicitur, apud quem cœptum eſt judicium, apud eundem etiam debere finem accipere, *l. ubi acceptum 30. D. de judic.* id extendi etiam ad ſucceſſorem vel vicarium eius Cujacius *hac Nov. 41.*

CAP. III.

De Temporibus Appellationum.

Ad Nov. 49. c. 1. & Nov. 93 junctis authenticis quæ inde ſunt decerptæ, ſub tit. C. de tempor. & reparation. appellation.

SUMMARIA.

1 *Propoſitio.*
2 *Summa cap. 1. Nov 49 ut cauſa appellationis ſemel inchoata peragatur intra annum: vel, ſi per iudicem aut caſum fortuitum protrahatur intra biennium.*
3 *Contumax etiam victor, victo in expenſas condemnatur.*
4 *Cauſa prioris iudicii nõ poſſunt agi μονομαχῶς: at cauſa appellationis poſſunt.*
5 *Remedium tum in utrãq; inſtantiâ contrahitur.*
6 *Appellatur regulariter præſcriptione biennii ſubmovetur.*
7 *Exceptio: Niſi interim dum tractatum adverſatio, de re componendâ per arbitrum compromiſſarium, biennium fuerit elapſum.*
8 *Poſt ſententiam, appellatione ſuſpenſam, locum eſt tranſactioni.*
9 *A iudice ad arbitrum compromiſſarium abiri poteſt.*
10 *Fatalia non currunt ſi per iudicem ſteterit.*
11 *Quid moribus noſtris obſervetur, remiſſivè.*

De po-

DE posterioribus duobus capitibus Novellæ 49. nempe de privatis scripturis, item de jurejurando dilationis, cum jurejurando calumniæ cooptando, aliàs per occasionem & tuis locis dictum est *parte precedente*. Restat † nunc, ut de primo capite explicemus, quod ad 1
appellationis peragendæ tempora pertinet.

Summa † hæc est: causa Appellationis semel inchoata, sive id fiat μονομερῶς, id est, ex unâ parte, quod Imperator etiam vocat ἐξ μιᾶς μέρους, sive συνόδικῶς, & *cognitionaliter* peragi debet intra annum: vel si per judicem res protrahatur, aut per vim majorem & casum fatalem, puta ventis reflantibus, (hoc enim exemplo Imperator utitur) intra biennium. Id si non fiat, nec is, qui appellavit, causam appellationis ad summum intra biennium peragat: prior sententia confirmatur, perinde quasi deserta esset appellatio *l. ult. §. illud. C. de tempor. appellat.* Eam constitutionem ita explicat Imperator *hic, & in Novellâ 126.* ut confirmetur quidem sententia tempore biennij, sed tutius tamen sit, ut cessante eo, qui appellavit, præsente autem eo, qui priore judicio vicit, hic sub finem biennii, ad cujus complementum mensis fortè adhuc restet, querelam interponat, de appellatione desertâ: & postulet causam judicari à judice, ad quem appellatum est. Is judex, secundum eum judicabit, qui bonam habuerit causam, sive præsens, sive absens fuerit: quod solet etiam fieri in eremodiciis: ubi etiam in pœnam contumaciæ μονομερῶς agitur. *l. & post. dictum 73. D. de judic. & l. properandum 13. C. eod. tit.* Nec refert, utrùm in priore judicio victus, an victor extiterit. Fieri namque potest, ut qui priùs vicit, posteà succumbat: & contrà: quod in 2
judiciis quotidiè usu venire videmus. Sed † si quis priore judicio victus, & 3
in causâ appellationis victor evaserit, cùm abesset, adversario suo præsenti refundere debet expensas litis: quod etiam cautum est *d. l. properandum. §. sin autem ex gestis. C. de judic.* Estque hic sanè notabilis casus, quo etiam victor sumptus litis refundit victo: cùm tamen aliàs regulariter victus victori in expensas condemnetur: ut supràdictum *parte precedente, sub capite de expensis.*

Ad ea quæ modò dixi, notandum † est discrimen inter causas appellationis, 4
& causas prioris judicij. Nam causæ appellationis hoc habent, ut possint etiam una tantùm parte præsente introduci, sive μονομερῶς agi. *d. l. ult. §. illud. C. de tempor. appel. & l. ult. D. ad SC. Trebell.* Sed prioris judicij causæ utrâq; parte præsente συνόδικῶς & cognitionaliter introduci & agi debent: nisi quis fiat contumax, & eremodicium contrahat: Nam adversus hunc etiam procedi vel agi potest μονομερῶς: sicut de contumaciâ dixi *suprà parte precedente*: ubi etiam annotavi differentiam, quæ in hac re insignis est inter jus Civile & Saxonicum. Notandum 5
& hoc: † Eremodicium esse & contrahi in utroque judicio, sive, ut vocant, in utrâque instantiâ: sive quis apud priorem judicem, sive apud judicem appellationis, causam seu litem inchoatam deserat: ut rectè notat Cuiacius *ad d. Nov. 49.*

Regulariter † itaque appellator præscriptione bienni submovetur, si intra 6
id temporis causam appellationis non peregerit: & prior sententia in suo robore durat, sive, redit in rem judicatam. (Sic enim rectiùs dicitur, quàm *abit in rem*

7 *judicatam*.ut docet Cujacius *ad Novellam 93.* † in qua continetur exceptio addenda *Novella 49.c.1.* nempe talis:nisi interim, dùm tractat appellator cum adversario suo,de re transigendâ vel componendâ per arbitrum compromissariũ, elapsum fuerit biennium. Qua de re videatur & *Authent.si tamen in medio. C.de temporibus appellat.* Et hoc jus ita hodiè observari, testatur idem Cujacius *ad d. Nov.93.* Ratio exceptionis est justissima: quia præscriptiones non debent officere non cessantibus. *arg.l.contra. 16. C. de inoffi. testam.* Etenim præscriptiones introductæ sunt in pœnam negligentiæ juris sui. Ubi igitur nulla est negligentia seu culpa (ut non est in eo, qui voluit de re transigere, vel eam componere coram arbitro ex compromisso) ibi nulla quoque debet locum habere præscriptio tanquam pœna. *arg.l.sancimus 22.C. de pœn.*

8 Notetur † hîc obiter,quamvis post sententiam seu rem judicatam,non valeat transactio: quippe cum omnis transactio sit de re dubiâ: per sententiam verò dubia res esse desinat tamen postquam sententiæ vis per appellationem est suspensa, locum esse posse transactioni & compositioni. Appellatio enim extinguit judicatum intelligedonec etiam in judicio appellationis sententia fe-
9 ratur. *l.1 §.ult. D.ad SC.Turpil.* Notandum † & hoc,posse quem à judice abire ad compromissarium:posse,inquam,litigantes renunciare ordinario processui, quem coram judice inchoaverant,& in aliquem arbitrum compromittere: idque tam in priori judicio, quàm in judicio appellationis, sive tàm in primâ, quàm in secundâ instantiâ,ut cum vulgo loquamur: Ratio est, quia omnia judicia sunt absolutoria,ut alibi dicitur *in Institutionibus.*

10 Atque hæc de temporibus appellationum ex jure nostro: quibus † etiam addi debet, *Nov.119.c.4.* & *auth.si appellatione. C.de tempor. appell.* ubi si per judicem appellationis steterit,non currunt fatalia:ut inquit Bald. *in summario ad d.*
11 *authent.* Hodiè † verò quid moribus nostris observetur circa fatalia prosequendæ sive peragendæ appellationis, petendum est ex processuum scriptoribus & Practicis observatoribus.

CAP. IV.

Quis, à quo appelletur.

Ad Nov.82. c.12. & Nov.119. c.5.

SUMMARIA.

1 *A pedaneis judicibus,ad quos appelletur?*
2 *Duo casus,quibus non appellatur à judicibus pedaneis.*
3 *Appellationis à sententiâ judicis pedanei interpositæ causa, intra duos menses peragi debet.*
4 *Præfecti prætorio sententia non est subiecta appellationi: sed tantùm retractationi, sive revisioni.*
5 *Remedia hodierna adversus sententiam non appellabilem.*
6 *Differentiæ duæ inter Appellationem & Retractationem.*

Hæ quo-

Digitized by Google

HÆ quoque duæ Novellæ ex parte ad appellationes pertinent. Et quidem 82. tametsi in sctiptionem habet generalem de judicibus: tamen etiam de appellatione agit: docetque; à † pedaneis judicibus, quibus negotia humiliora magistratus commisit, si dati sint à principe, appellationem fieri ad magistratum officiorum vel præfectum prætorio & quæstorem: ut etiam *Nov. 23.* sin autem à magistratibus dati sint, ad eos, qui dederūt. *l. 1. D. quis à quo appelletur. & l. 32. præcipimus. C. de appellation.* Differunt igitur judices pedanei à legatis, & iis quibus mandata est jurisdictio à magistratu. Ab his enim non appellatur ad mandatorem. Excipiuntur † duo casus quibus non est jus appellandi à pedaneis judicibus. Primus est, si quem condemnaverint ex eremodicio: Nam, ut in omnium ore est, contumax non appellat. *l. ex consensu. §. ult. D. de appellat. l. & post edictum. 73 §. ult. D. de judic. l. properandum. C. eod. tit. l. 1. C quorum appellationes non recipiantur.* Secundus, si reus jam bis appellaverit. Nam tertia ejus appellatio non recipitur. *l. 1. C. ne liceat in unâ eâdemque causâ ter provocare.* 1 2

Quòd † si appellatio à sententiâ judicis pedanei fuerit interposita, causa appellationis peragi debet intra duos menses: post quos Justinianus voluit, ut currant tempora fatalia, ita ut nec reparatio impetretur. *d. Nov. 82. & Nov. 126.* Quibus locis confirmatur *l. 2. & l. ult. C. de tempor. & repar. appell.* 3

Additur † *in eâdem Nov. 82.* appellari posse ab omnibus judicibus & magistratibus, solo præfecto prætorio excepto: quod privilegium præfecti prætorio sæpè in jure repetitur. Si tamen sententia eius iniquitatem aliquam continere videatur, appellationis loco, aliud erit remedium, videlicet retractatio, quam Græci vocant ἀναψηλάφησιν quæ etiam vocatur παλινδικία: vulgò *revisionem* appellant. Videatur Cujacius *ad Nov. 82 prope finem*; & *ad Nov. 113.* Retractationis remedio utimur, inquit, cùm appellandi jus non est. Sic † hodiè quoque, ubi denegatur appellatio, in ejus locum alia sunt prodita juris remedia, ad priorem sententiam retractandam, eiusque iniquitatem corrigendam. Hinc etiam in Camerâ Imperii, quamvis appellatio non concedatur ei, qui victus est, & per sententiam se læsum dicit: tamen peti potest revisio: de qua elegantem tractatum fecit Benderus. Hinc etiam in foro Ducum Saxoniæ, ubi appellatio non permittitur, in locum eius succedit Leuteratio; item Oberleuteratio sententiæ prioris coram eodem judice. (qua in re differt appellatio quæ non fit coram eodem judice à revisione & leuteratione.) Sed † inter Appellationem & Retractationem notabiles sunt differentiæ: prima quidem, quod appellatio non nisi intra decem dies interponi potest, ut suprà docui *capite primo huius partis*: sed retractandæ litis causâ potest etiam post decem dies libellus offerri, qui appellatur *Didascalicus*. Secunda: interpositâ appellatione nihil innovari potest, nec ad executionem sententiæ perveniri. *toto tit. D. nih l innovari appellatione interposita* sicut neque petitâ restitutione in integrum. Sed retractatione per libellum Imperatori porrectum impetratâ, (hoc enim fieri oportet) executioni nullum affertur impedimentum; sed ea procedit: dùm tamen priùs satisdet victor de re restituendâ, si fortè contingat priorem sententiam rescindi: quæ cau- 4 5 6

Digitized by Google

tio tunc est necessaria, quando libellus Didascalicus, quem dixi, intra decem dies à tempore latæ sententiæ oblatus est: non est necessaria, si post decem dies offeratur. *Nov.* 119. *c.* 5. & ibi Cujac. *idemq; ad Nov.* 82. *propè finem.* videatur etiam *Auth. quæ supplicatio. C. de precibus Imperatori offerendis.*

CAP. V.

Secundum quas leges judicandum sit in causâ appellationis.

Ad Nov. 115. *c.* 1.

SUMMARIA.

1 *Novella* 115. *quoad primum sui caput, ex facti contingentiâ orta.*
2 *Species facti.*
3 *Quæstio inde nata.*
4 *Decisio Imperatoris: & constitutio generalis; ut index appellationis secundum eam legem judicet quæ tempore sententiæ prioris obtinebat: non secundum eam quæ pendente appellatione demùm promulgata.*
Ampliatio prima.
5 *Ampliatio secunda.*

1 QUemadmodum † aliarum Novellarum multarum occasio nata est ex contingentiâ facti (id quod latè in hoc tractatu monui.) sic etiam hæc Novella, quoad primum sui caput, habet enim duo facta, ex quibus alia jam suprà (in quibusdam locis exposuimus) ex propositâ facti
2 specie originem sumsit. Cum † enim inter Eustachium Tholonæ Episcopum, & Pistum Diaconum Ecclesiæ Thelmissensis, lis agitata, ac per sententiam decisa esset, à qua victus appellaverat: evenit fortè, ut Imperator post sententiam definitivam per appellationem suspensam, promulgaret novam legem prioris illius correctoriam, secundum quam in priore instantia fuerat judicatum: sicut sanè illa juris innovatio & correctio Imperatori nostro minimè fuit nova, de quo sæpè doctissimus Baldinus *in Iustiniano suo* conqueritur.
3 Quærebatur † ergo, quid faciendum esset judici appellationis: utrùmne secundum novam legem, quæ pendente appellationis judicio lata erat, an verò secundum eam, quæ tempore prioris sententiæ obtinebat, judicare deberet?
4 Respondet † Imperator, justum esse, ut secundum eas leges, quæ obtinebant tempore latæ sententiæ examinetur causa appellationis, & secundum ipsas definiatur. Quod observari vult etiam deinceps in omnibus casibus similibus: ut judex appellationis eas sequatur leges, quæ erant in usu, tempore prioris sententiæ definitivæ, non autem eas sequatur, quæ fortè pendente judicio appella-
5 tionis supervenerunt novæ, & priorũ correctoriæ. Ampliatur hoc, † ut procedat nõ solùm in appellationibus, sed etiam in retractationibus, quæ petitæ sunt contra sententiam præfectorum prætorio, de quibus *cap. præced.* dixi: Deinde etiam in suggestionibus sive relationibus judicum Imperatori factis, postea-quam in causâ conclusum est (sed quod hic de relationibus judicum dicitur, id postea aliis Novellis correctum est, nec debet amplius attendi: ut suprà docui,

pace

Digitized by Google

parte præcedente.) Præterea † ampliatur ſuperior ſententia, etiamſi lex poſt 6
eà promulgata & novi aliquid diſponens, etiam ad præterita negocia ſeſe referat, & vim ſuam extendat: quod quidem fieri poſſe novimus ex *l. 7. verſic. niſi nominatim C. de legibus.* Sed hæc latiùs explicatur à Bartolo *ad Novellam noſtram, coll. 8. tit. 12.*

CAP. VI.

Ad Novellam 126.

SUMMARIA.

1 *Prior pars Novell. 126. corrigens l. 31. C. de Appellat.*
2 *Secunda pars d. Novella, mutans Nov. 49.*
3 *Tertia d. Novella 126. pars: conſtituens ut index à quo appellatum eſt, intra dies triginta litigatoribus petentibus acta edat.*

Hæc Novella, quæ etiam pertinet ad appellationes, tria præcipua habet capita. Quorum † primum pertinet *ad l. 32. C. de appell.* ex qua 1
lege cauſæ appellationum adverſus ſententias judicum ſpectabiliũ, veluti proconſulum, vel judicum à principe delegatorum, non diſceptantur, ſicut ſolebant, ab ipſo principe in Sacro Conſiſtorio, præſente ſenatu: ſed à præfecto prætorio, & quæſtore palatii, eo ordine & eâ obſervatione, & iisdem temporibus, quibus etiam in Sacro Conſiſtorio lites finiuntur. Ea verba *d. legis* ſic accepta ſunt, ut easdem formulas, eosdemque ritus uſurparent, quaſi ipſe princeps adeſſet: habitu etiam auguſtiore, quaſi præſente principe, uterentur ipſi litigatores, vel advocati, vel apparitores: ut etiam præfectus prætorio & quæſtor eodem modo pronunciarent ſententias, ut ipſi principes: verbi gratia *noſtra pietas decernit: noſtra ſerenitas decernit.* ſed præſens Novella id corrigit ac prohibet. Ratio prohibitionis ex ipsâ petatur. Atque hæc prima de parte Novellæ breviter dicta ſufficiant: præſertim cùm ea hodiè non magni ſit uſus.

Sequitur † altera pars, quæ pertinet *ad l. ult. §. illud C. de tempor. appell.* Ex eâ 2
lege appellator ſi litem ſuo tempore apud judicem appellationis inchoaverit, deinde deſiterit, ſilentio anni vel ad ſummum biennii, confirmabatur prioris judicis ſententia ipſo jure. Eam conſtitutionem Legis ultimæ Imperator primùm per *Nov. 49* ita corrigit, ut non ſolo temporis lapſu ſententia confirmetur: ſed causâ cognitâ, & pronunciatione judicis ad quem appellatum eſt, ſub finem biennii inſtante eo, qui priore ſententiâ victor extitit. Ita, inquam, Juſtinianus conſtituerat *Nov. 49* ſed cum ipſi jus poſteà diſpliceret: per hanc Novellam ita id mutavit: ut appellatore, qui cauſam appellationis intra legitima tempora inchoaverat, deſit tuêtæ litê: (vel cauſam appellationis) expectetur tantùm is, donec exierit tempus petendæ reparationis, videlicet trium menſium. *l. 2. C. de tempor. appell.* deinde causâ cognitâ rectè & ordine de lite pronuncietur, abſq; præcipitatione: quæ ſolet eſſe noverca juſtitiæ: Idque non expectato, neq; obſervato fine biennii, ſicut anteà. Etiam ex parte victoris, ſi abſit, appellator autem præſens

Digitized by Google

præsens sit, elapsis fatalibus temporibus, lis proculdubio definienda est causa cognita, & quidem remota omni dilatione. Tantùm de secunda parte.

3 Postremò † jubetur judex, à quo appellatum est, intra dies triginta acta prioris instantiæ, ut loquuntur, edere litigatoribus petentibus: quod repetitur ex *l. 24 judicibus. C. de appellat.* In qua lege vocatur *relatio judicis*, quæ in hac Novella dicitur *subscriptio.*

CAP. VII.

Oeconomia totius doctrinæ de Appellationibus.

SUMMARIA.

1 *Divisio totius argumenti de appellationibus, in duo summa membra.*
2 *Appellationis origo:*
3 *Causa:*
4 *Usus:*
5 *Definitio:*
6 *Divisio.*
7 *Quænam appellatio sit illicita.*
8 *Ordo judicii appellatorii*
9 *Forma interponendæ appellationis duplex: viva voce aut libello.*
10 *Libellus appellatorius quænam continere debeat?*
11 *An & causam appellationis?*
12 *Appellatio fiat modestè, & sine convitio judicis.*
13 *Solemnia appellationis.*
14 *An appellatio etiam extra judicium interponi possit?*
15 *De personis judicii appellatorii.*
16 *De judice à quo quænam observanda.*
17 *De judice ad quem præcepta.*
18 *De libellis appellatoriis & fatalibus appellationis: remissivè.*
19 *De ipso judicio appellationis: & quænam eius partes?*
20 *Quid probandum incumbat appellatori? & cuius judicis sit, cognoscere an recipienda sit appellatio?*
21 *Probationes novæ in judicio appellationis admittuntur.*
22 *Quodnam judicis appellationis sit officium, tam in cognitione quam in sententia?*
23 *Judex appellationis sententiam prioris judicis etiam ex parte confirmare potest; ex parte refutare.*
24 *Sententia appellationis an proferri possit, una tantùm parte præsente?*
25 *De expensis litis, in judicio appellationis: remissivè?*
26 *De executione sententiæ in judicio appellationis: & an etiam inducia quadrimestres in eo concedantur?*
27 *De effectibus appellationis.*
28 *Primus effectus quod interpositâ appellatione nihil innovandum est.*
29 *Secundus: quod appellatio priorem sententiam extinguit.*
30 *Tertius: quod appellatio facit cessare officium judicis à quo appellatum est.*
31 *Quartus: quòd appellatio unius quandoque prodest alteri.*
32 *De modis solvendi seu finiendi judicii appellatorii.*
33 *Qui semel renunciavit appellationi, iterùm appellare nequit.*
34 *De Attentatis; & Inhibitione; remissivè.*
35 *An inhibitio sit supervacua?*

PLacet sub finem huius decimæ partis, in qua jam ferè omnia exposuimus, quæ de appellationibus memoratu digna in Novellis continentur, annotare summa capita, quæ in hoc illustri & quotidiano argumento observanda sunt, & ad quæ pleraque omnia referri possunt, velut ad suos locos.

1 Primùm † ergo totum argumentum *de Appellationibus* non incommodè in duo

duo ſumma membra ſecari poteſt: quorum prius complectatur originem, cauſam & uſum appellationis; item eiusdem definitionem & diviſionem: alterum ipſum ordinem judicii appellatorii.

Origo † appellationis proficiſcitur ab ipsâ humanitate & æquitate, ſive be- 2
nignitate, qua contra jus ſtrictum admittitur provocatio, perquã poſſit quis, ab uno judice inferiore per iniquam ſententiam gravatus, meliòrem ſententiam mereri apud alium ſuperiorem iudicem *l. 26. D. de appellat. l. 2. C. de his qui propter metum judicis non appellaverunt.* Non autem tàm ſcriptâ aliquâ lege quàm jure non ſcripto, ſive moribus & paulatim tacito populi conſenſu appellatio introducta videtur, in cauſis quidem civilibus & privatis, ut & Giphanius noſter admonet *in ſuo tractatu de appellat.*

Cauſa † appellationis partim eſt iniquitas, partim imperitia judicis infe- 3
rioris, ut contra eam ſuccurratur læſis & gravatis *l. 1. D. de appellat.*

Uſus † appellationis, qui initio anguſtior erat, paulatim dilatatus, hodiè la- 4
tiſſimè patet.

Definitio † appellationis ſive provocationis hæc eſſe poteſt: quòd ſit que- 5
rela ſeu remedium juris, quo ſententia judicis prioris ad majorem perlata reſcinditur.

Diviſio † appellationis ſecundum Doctores hæc eſt; quòd alia ſit judicialis, 6
alia extrajudicialis: quibus duabus ſpeciebus nonnulli etiam adjecerunt, interjudicialem & poſtjudicialem. Sed Dominus Giphanius hanc ψευδοδιαίρεσιν refellit, docetque appellationem rectiùs dividi in eam, quæ fiat verbis ſeu viva voce, & eam, quæ ſcripto ſeu literis fiat, ſeu libello appellatorio. His ſpeciebus conſuetudo etiam illam addidit, quæ fit per inſtrumentum publicum à Notario confectum. Poteſt etiam ſic dividi appellatio: ut alia ſit licita ac permiſſa, alia vetita & illicita. Ex hac illicitâ autem facilè intelligitur à contrario, quæ ſit licita. *argum. l. hi accuſare 12. D. de accuſation. & l. cùm prætor. D. de judic. & l. 1. in pr. D. de his qui ſunt ſui vel alieni juris. cum ſimilibus.* Eſt autem † illicita appella- 7
tio vel ratione perſonæ, vel ratione cauſæ, vel ratione temporis, vel ratione numeri, puta ſi tertia ſit appellatio: vel ratione pacti, quo renunciatum eſt beneficio appellationis: item ratione juris jurandi: denique ratione clauſulæ, *appellatione remotâ.*

Ad † ordinem ipſum judicii appellatorij, ſive ad Praxin quod attinet: circa 8
hunc articulum iſta duo potiſſimùm obſervanda ſunt: unum de inſtituendâ ſeu interponendâ appellatione: alterum de eâdem exercendâ ſeu proſequendâ.

In interponendâ appellatione vel inſtituendâ, attendendum eſt primò † ad 9
modum & formam eius interponendæ: qui modus & quæ forma duplex eſt juri civili. Fit enim, ut ſuprà quoque dicebam, aut verbis, ſeu viva voce; aut ſcripto ſeu libello. *l. 1. § ult. l. 2. & l. 5. § ult. D. de appell. l. 14. litigatoribus. C. eod. tit.* Vivâ voce appellatur incontinenti: ut ſi quis, poſteaquàm excepit ſententiam, quâ ſe læſum putat, in judicio dicat *Appello*: literis verò appellatur intra decem dies. *Auth. hodiè. C. de appellat.* quæ eſt ex *Novella 23.* de quo tempore ſuprà *alio capite* dixi. Libellus † autem appellatorius quatuor iſta continere debet: 1. nomen 10

Latinè ſcriptas: ex quarum numero iſta eſt præſens: quæ etiam Canoni zata eſt, ut loquuntur, id eſt, in jus Canonicum relata à Gratiano *in Can. 27. anteriorum. can. 2. q. 6.* In Græcis editionibus Haloandri & Scringeri tantùm epitome eius extat.

2 Eſt † & Illud notandum initio; Inſcriptionem Novellæ noſtræ pleniorem eſſe in editione veteris interpretis & Henrici Scrimgeri, quàm apud Haloandrum, vel Cujacium. Hi enim tantùm habent περὶ ἐκκλήτων, id eſt, *de appellationibus:* ſed in veteri translatione ſic habet titulus: *de Appellationibus, & intra quæ tempora debet appellari.* Apud Scrimgerum ſic habet, ut latinè reddam: *de Appellationibus, ad quem dirigantur, ſi usque ad decem auri libras aſcendit cauſa, de qua appellatum eſt.*

3 Tribus † autem conſtat capitibus: primum eſt de temporibus appellationum interponendarum: ſecundum, de præſcriptione ſeu fatali appellationis aliquando ob juſtam cauſam ceſſante, *in §. Adhæc ſancimus*: tertium, de perſonis judicum, quis, à quo appelletur.

4 Ad primum † quod attinet, corrigit Imperator acerbitatem antiquitatis ſive anteriorum legum, quibus valdè arcta erant interponendæ appellationis tempora. Nam diſtinguebatur inter eos, qui proprio, & eos qui alieno nomine litigaſſent. Qui proprio nomine litigans (vulgò *principalem* vocant, Græci πρωτεύοντα) ſententiam reportàrat contrariam, quæ iniqua ipſi videbatur, tantùm intra biduum appellare poterat: qui verò alieno nomine, ut procurator, defenſor, tutor, patronus, &c. agebat, & in ſummâ quoties cauſa reſpiciebat ad alienum lucrum vel damnum, intra triduum appellatio interponi poterat: poſteà provocare volens, non ampliùs audiebatur, ſed ſententia executioni mandabatur, utpote quæ in rem judicatam tranſiiſſet. De hoc jure veteri videatur *l. 1. §. 1. biduum, & §. 6. quòd in ſententiis. & §. 11. in propria cauſa. & §. 13. tutores item l pen. D. quando appellandum ſit, & intra quæ tempora. & l. 6. cos. C. de appellat.* Ratio fuiſſe videtur, ut tantò citiùs ſententiæ per appellationem non ſuſpenſæ finem ſuum acciperent: qui poſitus eſt in executione. Sed Juſtinianus *in tio huius Novellæ* hujus juris acerbitatem mitigavit: utpote quod nimis arcta tempora appellationibus præfixiſſet: itaque ipſe pro biduo & triduo laxius conceſſit ſpatium, decem dierum: ſublato illo diſcrimine, inter cauſas proprias & alienas. *Authen. Hodiè C. de Appellat.* Et hoc jus hodiè in toto Imperio obſervatur, ut ſive quis alieno ſeu proprio nomine egerit, indiſtinctè habeat ſpatium decem dierum, (vulgo *decendium* vocant) intra quod appellare poſſit. Ratio cur tam laxum ſpatium ſit conceſſum appellare volentibus, exprimitur ab ipſo Imperatore: ut ſcilicet liceat homini intra id pleniſſimè deliberare, appellandúmne ei, an acquieſcendum ſit. Ubi valdè notabilis eſt ſententia Accurſij *in gloſſâ: quicquid conſilii moderatione perficitur, non conſuevit pœnitudinis rubore perfundi, ſed perpetuâ firmitate durare.* Et Imperator hic: *Inſpectionis*, inquit, *copia* (id eſt, ſpatium deliberandi) *poteſt & indiſcuſſos hominum calores refrenare.* Erat olim etiam hoc incommodi in illâ brevitate bidui & tridui: quòd inconſultâ facilitate hominum vel potiùs temeritate, nimis multiplicabantur appellationes: dum ſcilicet me-

Digitized by Google

cet metuebat quisque ne causam planè amitteret, si non maturè appellasset. Hanc igitur multitudinem & frequentiam appellationum immodicam, meritò resecandam & refrenandam Imperator existimavit. Atque † hoc est il 5
lud tempus decendii quod Dd. vocant *fatale interponendæ appellationis*: ideò scilicet, quia nisi intra decem dies, sive tempus illud legitimum appellatum sit, perimitur atque expirat, quasi fato quodam suo & morte, facultas appellandi; ut postea non amplius audiatur, si quis appellare voluerit. Opponitur ei *fatale introducendæ appellationis*: item *fatale prosequendæ appellationis*. Hæc enim tria fatalia Dd. distinxerunt: de quibus videantur, qui de Ordine judiciorum & de processu judiciario scripserunt *sub tit. de appellationibus*. Cujacius *ad Nov. 116. legitima tempora* vocat, quæ aliis sunt *fatalia*.

De † hoc igitur spatio decem dierum hæc potissimùm observanda sunt. I id 6
numerandum esse à tempore recitatæ seu pronunciatæ sententiæ, ut *hic, & d. Auth. Hodiè. C. de appellation.* ubi malè in quibusdam libris legitur, *à sententiæ revocatione*. (legendum enim *recitatione*) I I. quamvis tempus legale plerumq; & regulariter sit continuum: tamen hoc spatium decem dierum, quoad quid (sive partim) esse utile; & quoad quid continuum. Bartol. *hîc. n.* 1. Utile est quoad initium: continuum est, quoad progressum. Videatur etiam Gilhusius *in arboreindic. c. 8 parte 3. de appellationibus, n. 36.* I I I. Id tempus concedi, non solum appellanti à definitivâ, sed etiam ab interlocutoriâ. Bart. *h. n.* 2. qui etiam quærit *n. 6. & ult.* an judex, qui interlocutoriam tulit, possit eam exequi intra decem dies, si is, contra quem lata est, dixerit se appellaturum: & remittit ad speculatorem *tit. de appellationib. §. restat. versic final.* & *ad gl. Iuris Canonici in cap. fin. de appellationibus in 6. cum aliis locis.* I V. Hoc tempus de momento ad momentum computari: hoc est, ut dies ultimus cœptus non habeatur pro completo, ut aliâs interdum fit. Bartol. *num 3.* V. Posse etiam die feriatâ appellationem interponi, quamvis exerceri non possit idem Bartolus *num. 4.*

Ait † Imperator, *exceptâ sublimissimâ prætorianâ præfecturâ, posse appellari à* 7
quibusvis judicibus, sive maiores sint, sive minores. quam divisionem judicum crebram esse Imp. nostro, aliâs sæpè monui. Hîc notandum generaliter à quovis judice appellari posse, nisi quis probetur exceptus. Sunt † autem præter 8
præfectum Prætorio, etiam alii quidam judices & magistratus excepti, à quibus appellare non licet quos annotatos videte apud Accursium *hîc, in verbis: sive magni.* Sæpè † autem hoc repetitur in jure nostro non posse à sententiâ præ- 9
fecti prætorio appellari, cujus rei ratio redditur à Charisio *in l. unic. D. de officio præfecti prætorio:* quia scilicet princeps crediderit eos, qui ob singularem industriam exploratâ eorum fide & gravitate, ad juris officii magnitudinem adhibêtur, non aliter judicaturos esse pro sapientiâ ac luce dignitatis suæ, quàm ipse foret judicaturus: quasi dicat: sicut ergò à sententia principis appellare nemo potest, ad quem enim fieret appellatio, cùm nemo sit principe superior? omnis autem appellatio fit ab inferiore ad superiorem) ita neque à sententiâ præfecti prætorio quisquam appellare poterit. Et † notandum est, hanc summam 10
dignitatem etiam Jurisconsultis quibusdam olim contigisse: verbi gratia, Papiniano

niano & aliis. Videatur & N 82 & N. 119. ut nunc alia loca omittam. Sed hæc potiùs ad locum de personis à quibus appelletur pertinent; quàm ad tempora appellationum, de quibus hic ex professo agimus.

Sequitur † altera Novellæ nostræ pars: quâ summatim hoc cavetur, ut si fortè princeps, ad cujus consistorium appellatum est, aliis occupationibus distentus, non potuerit convocare senatum habendæ consultationis ergò, ex hac mora judicii, nulla temporalis præscriptio obstet appellanti. Est quidem causa appellationis intra annum introducenda in consistorium principis: veruntamen si per occupationes principis, circa Remp occupati, factum sit, quò minùs eâdem die compleri possit, non idcirco deperibit, non extinguetur: *ult. §. sit tamen, C. de tempor. appel.* Neque solum obtinet hoc in appellatione factâ ad principem, sed etiam ad alios judices: ut scilicet tempus non currat appellanti, si per judicem steterit, quo minùs quis appellationem prosequatur. Bartol. *ad §. ad hæc. n. 2.* lis, inquam, hoc casu non perit, sed datur temporis reparatio. Cujac. *hic* per *d. l. ult. § illud etiam. C. de tempor. appel.* & *Nov. 119.* Allegat etiam *l. 2. C. Th. de reparatione appellationum*, & locum Symmachi *ex libro 10. Epistolarum ad Imperatorem Theodosium*, ubi allegantur sanctiones principum, quæ jurgantibus tribuunt reparationem, si per cognitorem, hoc est, judicem, causa labatur. Ratio est manifestæ æquitatis: tùm quia factum cuique suum, non alteri obesse debet: tùm quia nihil est, quod possit illi imputari, qui per judicem impeditus est. Quã rationem ipse indicat Imperator illis verbis: *Quod enim vitium est litigantium, &c.* tum denique, quia tralatitium est, præscriptiones non posse officere non cessantibus; sive, agere non valenti non currere præscriptionem. *l. contra. C. de inoffic. testamento cum similibus.*

12 Quærit † hîc Bartolus, utrùm litigator, qui appellavit, & appellationem suam prosequi non potuit, quia per judicem fuit impeditus, ipso jure sit tutus: an verò indigeat restitutione in integrum? Multum sanè interest, hoc an illud dicamus, propter sumptus sive expensas, qui in petitionem restitutionis faciéndi essent. Verius autem est, ipso jure quem tutum esse, nec opus ei fore aliquâ restitutione in integrum. Hoc enim velle videntur illa verba textus: *causa intacta permaneat, &c.* Posset quis tamen in contrarium niti autoritate Symmachi, qui *reparationem* vocat: cùm reparatio nihil aliud sit, quàm restitutio in integrum. Potest etiam dici eum qui appellavit debito tempore & impeditus fuit introducere aut prosequi appellationem, si posteà eandem appellationem urgere velit, eique præscriptio aliqua ab adversario obiiciatur; posse, inquam, eum replicando dicere, hanc præscriptionem sibi non obstare, sive adversus se non currere: quippe per quem non steterit, quò minùs appellationem induceret suo tempore, vel prosequeretur.

13 Porrò † ex eo quod hîc dicitur, de cõvocandis patribus ac proceribus consultationis habendæ causâ in consistorio principis: benè notant Accursius & Bartolus debere judicem dare sententias habito consilio sapientum; & hoc ipsum in sententiis exprimere. Atque hinc fluxit mos ille, hodiéque receptus, ut in sententiâ ponatur talis clausulâ: Auff gehabten oder auff eingeholten Rath

der

Digitized by Google

der Rechtsgelehrten/ wird zu Recht erkandt/oder iſt der beſcheidt/ꝛc. Idque maxime in criminalibus cauſis: utpote in quibus majus periculum verſatur, diligenter obſervandum, quoties aliquod dubium emergit, multis locis præcipit conſtitutio Carolina, Die peinliche Gerichtsordnung. De conſilio autem ſapientis peculiares extant tractatus: cujus argumenti etiam eſt liber Gabrielis Paleotti, *de Conſilio Cardinalium.*

Tertium † & ultimum hujus Novellæ caput, agit de perſonis, quis & à quo 14
appelletur. In hoc capite quædam ſunt ſpecialia, ſive accommodata ad certum tempus ac formam Reipublicæ ſive ſtatum Imperii, qui olim fuit: quædam generalia & quorumlibet temporum ac locorum De ſpecialibus & temporalibus, itéq; localibus illis nihil dicam, ſed remittam Auditores ad ea, quæ doctiſſimus Cujacius, & nuper Joachimus Stephanus attulerunt: verbi gratia, de diviſione orientis in quinquod cæteſes: de ſpectabilibus & illuſtribus, qui erant diſtincti tituli & gradus dignitatum: de quibus Cujacius *ad Novell. 20. & alibi:* minima, inquit, dignitas eſt Clariſſimatus (quæ erat eorum, qui ordinarii dicebantur) media *ſpectabilitas:* major *illuſtratus.* Item de diſtinctione veteri magiſtratuum in majores, medios, & minores: quam Imperator in hac Novellâ venerandæ vetuſtatis autoritati tribuit: & ſi qua ſunt hujusmodi ſimilia. Generalia † & perpetua hæc ferè ſunt, quæ operæ pretium eſt annotare. I gradatim appellandum eſſe à minore judicio ad majus tribunal aſcendendo quod niſi fiat, perperam in cauſis proceditur. II. Non oportere appellationes referri ad compares judices: ſive, parem à pari non appellandum: quò facit quod alibi dicitur; *par in parem non habet imperium.* III. Cavendum eſſe, ne ſuper minimis cauſis maximi judices inquietentur: néve homines propter minimas cauſas magnis diſpendiis fatigentur: qua in re hodiè paſſim locorum perniciosè peccatur. IV. Ad id, quod in hac Novellâ dicitur de quibusdam judicibus, ad quos olim appellare non licuit, niſi in cauſis, quæ ſuperant quantitatem 10. librarum auri, obſervetur etiam noſtris moribus paſſim receptum eſſe, ut à quibusdam judicibus non liceat infra certam ſummam appellare Idque ferè ſpeciali privilegio Imperiali conceſſum eſt & principibus quibusdam & civitatibus Imperii, ut latè docet Gilhuſ. *in arb. ad ciaria c. 8 part. 3. de appellat. n. 32. per ſeptem columnas, uſq; ad num. 33.* V. Notandum eſt de delegatis principis & de appellationibus quæ ab his fiunt, nonnihil hic derogari *l. 32. præcipimus.* C. *de appellat.* ut docet Cujac. *hic p. 191.*

Ad † extremum Novellæ addit Imperator, velle ſe, ut omnia alia, quæ de 16
appellationibus antè ſunt ſtatuta, vel ab antiquâ proſapiâ (ita vocat Juriſconſultos veteres, ſeu antiquam Juriſprudentiam, ſicut & alibi) vel ab anteriorum conſtitutionum autoritate: vel à ſuâ humanitate: ut, inquam, illa omnia intacta illibataque cuſtodiantur. Quod quidem etiamſi diſertè non caviſſet Imperator, tamen ſatis per ſe intelligi poterat. *arg. l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellat. & l ſancimus 27 C. de teſtamentis.*

Illud † non eſt prætereundum, hanc Novellam, licet ordine poſterior ſit & 17
ſequatur vigeſimam, tamen vigeſimam tempore eſſe poſteriorem: ut docet Cu-

Digitized by Google

jacius *ad utramq; Novellam.* Neque hoc novum est, ut quædam Novellæ tempore posteriores, ordine priore sint collocatæ. Quod etiam accidit Novellæ 50. quæ tempore præcedit 41. ut monet idem Cujacius *ad initium Novellæ* 41. & dixi nonnihil eâdem de re etiam *in prolegomenis huius tractatus.*

CAP. II.

De Appellationibus quinque Provinciarum.

Ad Nov. 41. & Nov. 50.

SUMMARIA.

1 *Per Nov.* 41. *derogatur Novellæ* 50.
2 *A iudice dato appellatur ad dantem, eiusve successorem, aut vicarium.*
3 *Iudicium finiri debet apud eum apud quem cœpit, aut apud successorem eius, vel vicarium.*

QUænam sint hæ quinque provinciæ, de quarum appellationibus hæ duæ Novellæ agunt, petatur ex ipsarummet lectione, & ex Cujacii expositione: & meminerimus † per *Nov* 41. in parte derogari 50. quæ tempore prior est. Quomodo autem derogetur satis dilucidè explicat Cujacius: qui etiam de illorum temporum magistratibus, quorum ibi 1 2 sit mentio, eruditissimè disserit. Illud † in genere observetur: à judice dato appellari eum, qui judicem dedit: quod ita accipiendum est, ut successor quoq; ejus appellari possit. *l. 1. D. quis & à quo appelletur* item vicarius eius ex *Novell.* 41. 3 secundò † observetur, quod vulgò dicitur, apud quem cœptum est judicium, apud eundem etiam debere finem accipere, *l. ubi acceptum* 30. *D. de judic.* id extendi etiam ad successorem vel vicarium eius Cujacius *hac Nov.* 41.

CAP. III.

De Temporibus Appellationum.

Ad Nov. 49. *c.* 1. *& Nov.* 93 *junctis authenticis quæ inde sunt decerptæ, sub tit. C. de tempor. & reparation. appellation.*

SUMMARIA.

1 *Propositio.*
2 *Summa cap.* 1. *Nov* 49 *ut causa appellationis semel inchoata peragatur intra annum: vel, si per iudicem aut casum fortuitum protrahatur intra biennium.*
3 *Contumax etiam victor, victo in expensas condemnatur.*
4 *Causa prioris iudicii nõ possunt agi quæstiõnes: at causa appellationis possunt.*
5 *Remedia tum in utrãq; tum statim contrahitur.*
6 *Appellatur regulariter præscriptione biennii submovetur.*
7 *Exceptio: Nisi interim dum tractatum adversatio, de re componenda per arbitrum compromissarium, biennium fuerit elapsum.*
8 *Post sententiam, appellatione suspensam, locus est transactioni.*
9 *A iudice ad arbitrum compromissarium abiri potest.*
10 *Fatalia non currunt si per iudicem fiererit.*
11 *Quid moribus nostris observetur, remissivè.*

De po-

DE posterioribus duobus capitibus Novellæ 49. nempe de privatis scripturis, item de jurejurando dilationis, cum jurejurando calumniæ cooptando, alias per occasionem & suis locis diximus *parte precedente*. Restat † nunc, ut de primo capite explicemus, quod ad 1
appellationis peragendæ tempora pertinet.

Summa † hæc est: causa Appellationis semel inchoata, sive id fiat μονομερῶς, id est, ex unâ parte, quod Imperator etiam vocat ἑξ μίας μέρους ἔχειν, sive συνόδικως, & *cognitionaliter* peragi debet intra annum: vel si per judicem res protrahatur, aut per vim majorem & casum fatalem, puta ventis reflantibus, (hoc enim exemplo Imperator utitur) intra biennium. Id si non fiat, nec is, qui appellavit, causam appellationis ad summum intra biennium peragat: prior sententia confirmatur, perinde quasi deserta esset appellatio *l. ult. §. illud. C. de tempor. appellat.* Eam constitutionem ita explicat Imperator *hic, & in Novellâ 126.* ut confirmetur quidem sententia tempore biennij, sed tutius tamen sit, ut cessante eo, qui appellavit, præsente autem eo, qui priore judicio vicit, hic sub finem biennii, ad cujus complementum mensis fortè adhuc restet, querelam interponat, de appellatione desertâ: & postulet causam judicari à judice, ad quem appellatum est. Is judex, secundum eum judicabit, qui bonam habuerit causam, sive præsens, sive absens fuerit: quod solet etiam fieri in eremodiciis: ubi etiam in pœnam contumaciæ μονομερῶς agitur. *l. & post dictum 73. D. de judic. & l. properandum 13. C. eod. tit.* Nec refert, utrùm in priore judicio victus, an victor extiterit. Fieri namque potest, ut qui priùs vicit, posteà succumbat: & contrà: quod in judiciis quotidiè usu venire videmus. Sed † si quis priore judicio victus, & 3
in causâ appellationis victor evaserit, cùm abesset, adversario suo præsenti refundere debet expensas litis: quod etiam cautum est *d. l. properandum. §. sin autem ex gestis. C. de judic.* Estque hic sanè notabilis casus, quo etiam victor sumptus litis refundit victo: cùm tamen aliàs regulariter victus victori in expensas condemnetur: ut supràdictum *parte precedente, sub capite de expensis.*

Ad ea quæ modò dixi, notandum † est discrimen inter causas appellationis, 4
& causas prioris judicij. Nam causæ appellationis hoc habent, ut possint etiam una tantùm parte præsente introduci, sive μονομερῶς agi. *d. l. ult. §. illud. C. de tempor. appel. & l. ult. D. ad SC. Trebell.* Sed prioris judicij causæ utrâq; parte præsente: συνόδικως & cognitionaliter introduci & agi debent: nisi quis fiat contumax, & eremodicium contrahat: Nam adversus hunc etiam procedi vel agi potest μονομερῶς: sicut de contumaciâ dixi *supràparte precedente*: ubi etiam annotavi differentiam, quæ in hac re insignis est inter jus Civile & Saxonicum. Notandum & hoc: † Eremodicium esse & contrahi in utroque judicio, sive, ut vocant 5
in utrâque instantiâ: sive quis apud priorem judicem, sive apud judicem appellationis, causam seu litem inchoatam deserat: ut rectè notat Cuiacius *ad d. Nov. 49.*

Regulariter † itaque appellator præscriptione bienni submovetur, si intra 6
id temporis causam appellationis non peregerit: & prior sententia in suo robore durat, sive, redit in rem judicatam. (Sic enim rectiùs dicitur, quàm *abit in rem*

7 *judicatam*.ut docet Cujacius *ad Novellam 93.* † in qua continetur exceptio addenda *Novella 49.c.1.* nempe talis:nisi interim, dùm tractat appellator cum adversario suo,de re transigendà vel componendâ per arbitrum compromissariũ, elapsum fuerit biennium. Qua de re videatur & *Authent.si tamen in medio. C.de temporibus appellat.*Et hoc jus ita hodiè observari, testatur idem Cujacius *ad d. Nov.93.* Ratio exceptionis est justissima: quia præscriptiones non debent officere non cessantibus. *arg.l.contra. 16. C. de inoffi. testam.* Etenim præscriptiones introductæ sunt in pœnam negligentiæ juris sui. Ubi igitur nulla est negligentia seu culpa (ut non est in eo, qui voluit de re transigere, vel eam componere coram arbitro ex compromisso) ibi nulla quoque debet locum habere præscriptio tanquam pœna. *arg.l.sancimus 22.C. de pœn.*

8 Notetur † hìc obiter,quamvis post sententiam seu rem judicatam,non valeat transactio: quippe cum omnis transactio sit de re dubiâ: per sententiam verò dubiares esse desinat tamen postquam sententiæ vis per appellationem est suspensa, locum esse posse transactioni & compositioni. Appellatio enim extinguit judicatum intelligedonec etiam in judicio appellationis sententia fe-
9 ratur.*l.1 §.ult. D.ad SC.Turpil.* Notandum † & hoc,posse quem à judice abire ad compromissarium:posse,inquam,litigantes renunciare ordinario processui, quem coram judice inchoaverant,& in aliquem arbitrum compromittere: idque tam in priori judicio, quàm in judicio appellationis, sive tàm in primâ, quàm in secundâ instantiâ,ut cum vulgo loquamur: Ratio est, quia omnia judicia sunt absolutoria,ut alibi dicitur *in Institutionibus.*

10 Atque hæc de temporibus appellationum ex jure nostro: quibus † etiam addi debet, *Nov.119.c.4.* & *auth si appellatione. C.de tempor. appell.* ubi si per judi-
cem appellationis steterit,non currunt fatalia:ut inquit Bald. *in summario ad d.*
11 *authent.* Hodiè † verò quid moribus nostris observetur circa fatalia prosequendæ sive peragendæ appellationis, petendum est ex processuum scriptoribus & Practicis observatoribus.

CAP. IV.

Quis, à quo appelletur.

Ad Nov.82. c.12. & Nov.119. c.5.

SUMMARIA.

1 *A pedaneis judicibus,ad quos appelletur?*
2 *Duo casus,quibus non appellatur à judicibus pedaneis.*
3 *Appellationis à sententiâ judicis pedanei interpositæ causa, intra duos menses peragi debet.*
4 *Præfecti prætorio sententia non est subiecta appellationi:sed tantùm retractationi, sive revisioni.*
5 *Remedia hodierna adversus sententiam non appellabilem.*
6 *Differentia duæ inter Appellationem & Retractationem.*

Hæ quo-

HÆ quoque duæ Novellæ ex parte ad appellationes pertinent. Et quidem 82. tametsi in sctiptionem habet generalem de judicibus: tamen etiam de appellatione agit: docetque; à † pedaneis judicibus, quibus negotia humiliora magistratus commisit, si dati sint à principe, appellationem fieri ad magistratum officiorum vel præfectum prætorio & quæstorem: ut etiam *Nov. 23.* sin autem à magistratibus dati sint, ad eos, qui dederũt. *l. 1. D. quis à quo appelletur. & l. 32. præcipimus. C. de appellation.* Differunt igitur judices pedanei à legatis, & iis quibus mandata est jurisdictio à magistratu. Ab his enim non appellatur ad mandatorem. Excipiuntur † duo casus quibus non est jus appellandi à pedaneis judicibus. Primus est, si quem condemnaverint ex eremodicio: Nam, ut in omnium ore est, contumax non appellat. *l. ex consensu. §. ult. D. de appellat. l. & post edictum 73 §. ult D. de judic. l. properandum. C. eod. tit. l. 1. C quorum appellationes non recipiantur.* Secundus, si reus jam bis appellaverit. Nam tertia ejus appellatio non recipitur. *l. 1. C. ne liceat in unâ eâdemque causâ ter provocare.* 1 2

Quòd † si appellatio à sententiâ judicis pedanei fuerit interposita, causa appellationis peragi debet intra duos menses: post quos Justinianus voluit, ut currant tempora fatalia, ita ut nec reparatio impetretur. *d. Nov. 82. & Nov. 126.* Quibus locis confirmatur *l. 2. & l. ult. C. de tempor. & repar. appell.* 3

Additur † *in eâdem Nov. 82.* appellari posse ab omnibus judicibus & magistratibus, solo præfecto prætorio excepto: quod privilegium præfecti prætorio sæpè in jure repetitur. Si tamen sententia eius iniquitatem aliquam continere videatur, appellationis loco, aliud erit remedium, videlicet retractatio, quam Græci vocant ἀναψηλάφησιν quæ etiam vocatur παλινδικία: vulgò *revisionem* appellant. Videatur Cujacius *ad Nov. 82. prope finem*; & *ad Nov. 113.* Retractationis remedio utimur, inquit, cùm appellandi jus non est. Sic † hodiè quoque, ubi denegatur appellatio, in ejus locum alia sunt prodita juris remedia, ad priorem sententiam retractandam, eiusque iniquitatem corrigendam. Hinc etiam in Camerâ Imperii, quamvis appellatio non concedatur ei, qui victus est, & per sententiam se læsum dicit: tamen peti potest revisio: de qua elegantem tractatum fecit Benderus. Hinc etiam in foro Ducum Saxoniæ, ubi appellatio non permittitur, in locum eius succedit Leuteratio; item Oberleuteratio sententiæ prioris coram eodem judice. (qua in re differt appellatio quæ non fit coram eodem judice à revisione & leuteratione.) Sed † inter Appellationem & Retractationem notabiles sunt differentiæ: prima quidem, quod appellatio non nisi intra decem dies interponi potest, ut suprà docui *capite primo huius partis*: sed retractandæ litis causâ potest etiam post decem dies libellus offerri, qui appellatur *Didascalicus*. Secunda: interpositâ appellatione nihil innovari potest, nec ad executionem sententiæ perveniri. *toto tit. D. nih. l. innovari appellatione interpositâ* sicut neque petitâ restitutione in integrum. Sed retractatione per libellum Imperatori porrectum impetratâ, (hoc enim fieri oportet) executioni nullum affertur impedimentum; sed ea procedit: dùm tamen priùs satisdet victor de re restituendâ, si fortè contingat priorem sententiam rescindi: quæ cau- 4 5 6

tio tunc est necessaria, quando libellus Didascalicus, quem dixi, intra decem dies à tempore latæ sententiæ oblatus est: non est necessaria, si post decem dies offeratur. *Nov.115.c.5.* & ibi Cujac. *itemq; ad Nov.82. propè finem.* videatur etiam *Auth.quæsupplicatio.C.de precibus Imperatori offerendis.*

CAP. V.

Secundum quas leges judicandum sit in causâ appellationis.

Ad Nov.115.c.1.

SUMMARIA.

1 *Novella 115.quoad primum sui caput, ex facti contingentiâ orta.*
2 *Species facti.*
3 *Quæstio inde nata.*
4 *Decisio Imperatoris: & constitutio generalis; ut judex appellationis secundum eam legem judicet quæ tempore sententiæ prioris obtinebat: non secundum eam quæ pendente appellatione demùm promulgata.*
Ampliatio prima.
5 *Ampliatio secunda.*

1 QUemadmodum † aliarum Novellarum multarum occasio nata est ex contingentiâ facti (id quod latè in hoc tractatu monui.) sic etiam hæc Novella, quoad primum sui caput (habet enim duo, ita sex capita, ex quibus alia jam suprà commentariis locis exposuimus) ex propositâ facti specie originem sumpsit. Cum † enim inter Eustachium Tholonæ
2 Episcopum, & Pistum Diaconum Ecclesiæ Thelmissensis, lis agitata, ac per sententiam decisa esset, à qua victus appellaverat: evenit fortè, ut Imperator post sententiam definitivam per appellationem suspensam, promulgaret novam legem, prioris illius correctoriam, secundum quam in priore instantia fuerat judicatum. sicut sanè illa juris innovatio & correctio Imperatori nostro minimè fuit nova, de quo sæpè doctissimus Balduinus *in Iustiniano suo* conqueritur.
3 Quærebatur † ergo, quid faciendum esset judici appellationis: utrúmne secundum novam legem, quæ pendente appellationis judicio lata erat, an verò secundum eam, quæ tempore prioris sententiæ obtinebat, judicare deberet?
4 Respondet † Imperator, justum esse, ut secundum eas leges, quæ obtinebant tempore latæ sententiæ examinetur causa appellationis, & secundum ipsas definiatur. Quod observari vult etiam deinceps in omnibus casibus similibus: ut judex appellationis eas sequatur leges, quæ erant in usu, tempore prioris sententiæ definitivæ, non autem eas sequatur, quæ fortè pendente judicio appella-
5 tionis supervenerunt novæ, & priorũ correctoriæ. Ampliatur hoc, † ut procedat nõ solùm in appellationibus, sed etiam in retractationibus, quæ petitæ sunt contra sententiam præfectorum prætorio, de quibus *cap.præced.* dixi: Deinde etiam in suggestionibus sive relationibus judicum Imperatori factis, postea-quam in causâ conclusum est (sed quod hic de relationibus judicum dicitur, id postea aliis Novellis correctum est, nec debet amplius attendi: ut suprà docui,

Digitized by Google

parte præcedente.) Præterea † ampliatur ſuperior ſententia, etiamſi lex poſt 6
eà promulgata & novi aliquid diſponens, etiam ad præterita negocia ſeſe referat, & vim ſuam extendat: quod quidem fieri poſſe novimus ex *l.7. verſic. niſi nominatim C. de legibus.* Sed hæc latiùs explicatur à Bartolo *ad Novellam noſtram, coll.8. tit.12.*

CAP. VI.

Ad Novellam 126.

SUMMARIA.

1 *Prior pars Novell.126. corrigens l.32.C. de Appellat.*
2 *Secunda pars d. Novella, mutans Nov.49.*
3 *Tertia d. Novella 126. pars: conſtituens ut index à quo appellatum eſt, intra dies triginta litigatoribus petentibus acta edat.*

HÆc Novella, quæ etiam pertinet ad appellationes, tria præcipua habet capita. Quorum † primum pertinet *ad l.32. C. de appell.* ex qua 1
lege cauſæ appellationum adverſus ſententias judicum ſpectabiliũ, veluti proconſulum, vel judicum à principe delegatorum, non diſceptantur, ſicut ſolebant, ab ipſo principe in Sacro Conſiſtorio, præſente ſenatu: ſed à præfecto prætorio, & quæſtore palatii, eo ordine & eâ obſervatione, & iisdem temporibus, quibus etiam in Sacro Conſiſtorio lites finiuntur. Ea verba *d. legis* ſic accepta ſunt, ut easdem formulas, eosdemque ritus uſurparent, quaſi ipſe princeps adeſſet: habitu etiam auguſtiore, quaſi præſente principe, uterentur ipſi litigatores, vel advocati, vel apparitores: ut etiam præfectus prætorio & quæſtor eodem modo pronunciarent ſententias, ut ipſi principes: verbi gratia *noſtra pietas decernit: noſtra ſerenitas decernit.* ſed præſens Novella id corrigit ac prohibet. Ratio prohibitionis ex ipsâ petatur. Atque hæc prima de parte Novellæ breviter dicta ſufficiant: præſertim cùm ea hodiè non magni ſit uſus.

Sequitur † altera pars, quæ pertinet *ad l. ult. §. illud C. de tempor appell.* Ex eâ 2
lege appellator ſi litem ſuo tempore apud judicem appellationis inchoaverit, deinde deſiterit, ſilentio anni vel ad ſummum biennii, confirmabatur prioris judicis ſententia ipſo jure. Eam conſtitutionem Legis ultimæ Imperator primùm per *Nov.49* ita corrigit, ut non ſolo temporis lapſu ſententia confirmetur: ſed cauſâ cognitâ, & pronunciatione judicis ad quem appellatum eſt, ſub finem biennii inſtante eo, qui priore ſententiâ victor extitit. Ita, inquam, Juſtinianus conſtituerat *Nov.49* ſed cum ipſi jus poſteà diſpliceret: per hanc Novellam ita idmutavit: ut appellatore, qui cauſam appellationis intra legitima tempora inchoaverat, deſit tuéte litẽ: (vel cauſam appellationis) expectetur tantùm is, donec exierit tempus petendę reparationis, videlicet trium menſium. *l.2. C. de tempor. appell.* deinde cauſâ cognitâ rectè & ordine de lite pronuncietur, abſq; præcipitatione: quæ ſolet eſſe noverca juſtitiæ: Idque non expectato, neq; obſervato fine biennii, ſicut anteà. Etiam ex parte victoris, ſi abſit, appellator autem

præſens

Digitized by Google

duo ſummamembra ſecari poteſt: quorum prius complectatur originem, cauſam & uſum appellationis; item eiusdem definitionem & diviſionem: alterum ipſum ordinem judicii appellatorii.

Origo † appellationis proficiſcitur ab ipsâ humanitate & æquitate, ſive be- 2
nignitate, qua contra jus ſtrictum admittitur provocatio, perquâ poſſit quis, ab uno judice inferiore per iniquam ſententiam gravatus, meliòrem ſententiam mereri apud alium ſuperiorem iudicem *l. 26. D. de appellat. l. 2. C. de his qui propter metum judicis non appellaverunt.* Non autem tàm ſcriptâ aliquâ lege quàm jure non ſcripto, ſive motibus & paulatim tacito populi conſenſu appellatio introducta videtur, in cauſis quidem civilibus & privatis, ut & Giphanius noſter admonet *in ſuo tractatu de appellat.*

Cauſa † appellationis partim eſt iniquitas, partim imperitia judicis infe- 3
rioris, ut contra eam ſuccurratur læſis & gravatis. *l. 1. D. de appellat.*

Uſus † appellationis, qui initio anguſtior erat, paulatim dilatatus, hodiè la- 4
tiſſimè patet.

Definitio † appellationis ſive provocationis hæc eſſe poteſt: quòd ſit que- 5
rela ſeu remedium juris, quo ſententia judicis prioris ad majorem perlata reſcinditur.

Diviſio † appellationis ſecundum Doctores hæc eſt; quòd alia ſit judicialis, 6
alia extrajudicialis: quibus duabus ſpeciebus nonnulli etiam adjecerunt, interjudicialem & poſtjudicialem. Sed Dominus Giphanius hanc ψευδεπίγραφον refellit, docetque appellationem rectiùs dividi in eam, quæ fiat verbis ſeu viva voce, & eam, quæ ſcripto ſeu literis fiat, ſeu libello appellatorio. His ſpeciebus conſuetudo etiam illam addidit, quæ fit per inſtrumentum publicum à Notario confectum. Poteſt etiam ſic dividi appellatio: ut alia ſit licita ac permiſſa, alia vetita & illicita. Ex hac illicitâ autem facilè intelligitur à contrario, quæ ſit licita. *argum. l. hi accuſare. 12. D. de accuſation. & l. cùm prætor. D. de judic. & l. 1. in pr. D. de his qui ſunt ſui vel alieni juris. cum ſimilibus.* Eſt autem † illicita appella- 7
tio vel ratione perſonæ, vel ratione cauſæ, vel ratione temporis, vel ratione numeri, puta ſi tertia ſit appellatio: vel ratione pacti, quo renunciatum eſt beneficio appellationis: item ratione juris jurandi: denique ratione clauſulæ, *appellatione remotâ.*

Ad † ordinem ipſum judicii appellatorij, ſive ad Praxin quod attinet: circa 8
hunc articulum iſta duo potiſſimùm obſervanda ſunt: unum de inſtituendâ ſeu interponendâ appellatione: alterum de eâdem exercendâ ſeu proſequendâ.

In interponendâ appellatione vel inſtituendâ, attendendum eſt primò † ad 9
modum & formam eius interponendæ: qui modus & quæ forma duplex eſt juri civili. Fit enim, ut ſuprà quoque dicebam, aut verbis, ſeu viva voce; aut ſcripto ſeu libello. *l. 1. § ult. l. 2 & l. 5. § ult. D. de appell. l. 14. litigatoribus. C. eod. tit.* Vivâ voce appellatur incontinenti: ut ſi quis, poſteaquàm excepit ſententiam, quâ ſe læſum putat, in judicio dicat *Appello:* literis verò appellatur intra decem dies. *Auth. hodiè. C. de appellat.* quæ eſt ex *Novella 23.* de quo tempore ſuprà *alio capite* dixi. Libellus † autem appellatorius quatuor iſta continere debet: 1. nomen 10

appellantis. 2. nomen adversarii, quem vulgò Pragmatici vocant *appellatum*. 3. à qua sententiâ appelletur. 4. Nomen judicis ad quem appelletur. *l. 1. §. pen. & ult. D. de appellat.* Addunt † etiam quintò causam appellationis, quæ non quidem in appellatione à sententiâ definitivâ, sed in appellatione ab interlocutoriâ, sit exprimenda in libello appellationis. Verum neque jure civili ab interlocutoriâ appellatur, & causæ appellationis nihil interest ut reddantur judici à quo, sed judici ad quem. *l. 4. D. de appell & Brisson. lib. 5. de Formul. Pop. Roman.* Ex quo apparet, redditionem causæ appellationis non ad interponendam, sed ad
12 prosequendam appellationem pertinere. Illud † quoque pertinet ad modum & formam appellandi, ut appellator judici, à quo appellat, non faciat convitium, sed modestè appellet: idque sub pœnâ infamiæ, & aliâ pœnâ arbitratiâ. *l. 42. Iudici. D. de iniur. Paulus lib. 5. sent. tit. 4. & tit. 35. l. 8. Illud. D. de appellat.* Inter
13 † solennia quoque appellationis olim erat cautio de tertiâ parte litis, quæ posteà sublata est *l. 6. eos §. ult. C. de appellat.* Moribus nostris recepta est certæ pecuniæ depositio, teste Andr. Gail. *l. 1. observ. 124.* Quibusdam locis etiam jusjurandum appellationis præstari debet, & cautio, videlicet de sumptibus litis victori præstandis: ut videre est apud Mynsing *cent. 1. observ. 6.* & in Reformat. No-
14 riberg *parte 1. tit. 10. l. 2.* De loco † interponendæ appellationis, putant Dd. non esse necessarium, ut in judicio & apud acta interponatur: sed posse id etiam extra judicium fieri: quod Giphanius noster putat non facilè concedendum: interpositionem, inquam, appellationis non esse actum judicialem. *argum. l. 15. servi. & l. ult. D. de appellat. junctâ l. servus. C. de iudic.*

15 Proximus † in hoc tractatu est locus de personis, tàm
16 quem appellatur, quàm litigatoris, qui appellat. De † [illegible] a quo tria potissimum dispicienda sunt, 1. an is sit, à quo possit appellari [illegible] non enim à quovis, nec à cujusvis sententiâ potest appellari. 2. ut modestè appe[illegible]rut & absq; convitio. 3. officium judicis positum in deliberatione diligenti [illegible] recipienda sit appellatio, an respuenda: sive ut vulgo loquuntur, deferre ne debeat appellationi, an non deferre. Quâ in re tantò major adhibenda est cautio, quantò gravior proposita est pœna ei, qui ex injustâ causâ repudiavit appellationem. Videatur *l. 25. Imperator. D. de appellat. l. 6. eos. & l. 21. quoniam. C. eod. Nov. 82. §. pen. Nov. 126. §. ult. & Nov. 134. §. appellationis. &* Nov. 135. § *placet.* Quanquam autem judex regulariter omnem appellationem recipere debet: sunt tamen quædam quas non debet recipere, ut si frivola & moratoria & illicita sit appellatio: si supervacanea vel superstitiosa: si post legitimum tempus interposita: si tertia in ordine. Est etiam altera pars officii judicis à quo, posita in scribendo ad superiorem judicem, quæ *literæ Dimissoriæ* & vulgò *Apostoli* vocantur. De judice
17 † ad quem similiter cognoscendum est, tùm de personâ eius, tùm de officio. De personâ videndus est *titulus D. quis à quo appelletur:* & notandum inprimis non posse appellari ad minorem vel parem, sed tantum ad majorem sive superiorem judicem. Deinde gradatim appellandum esse, non per saltus ab imo ad summum, sed ad proximum quemque: deniqueum qui judicem dedit, appellandum esse. Ad officium eius quod attinet: receptum est moribus, ut inprimis

atten-

Digitized by Google

attendat, secumque deliberet, sitne recipienda appellatio vel non: quod tamen Giphanius censoriâ virgulâ notat, velut alienum à jure civili: quo jure hoc pertinet ad judicem à quo appellatum est, non autem ad eum qui appellatur.

Proximus † succedit locus tractandi tum de scriptis & libellis appellatoriis: tùm de temporibus appellationum, quæ vocant fatalia: quorum tria genera Doctores constituunt, videlicet, interponendæ, introducendæ & prosequendæ appellationis: de quibus videri possunt Maranta, Mynsingerus & Gailius. 18

Post hæc † videndum est de ipso appellationis judicio: cujus partes sunt, in jus vocatio seu citatio, editio, litis contestatio, jusjurandum calumniæ, redditio causarum appellationis, probatio, cognitio, & executio. De singulis harum partium disquirendum est, an & quando, & quatenus sint necessariæ: verbi gratia an citatio, an libelli editio, an litis contestatio, an jusjurandum calumniæ. Docet autem Giphanius nihil horum quatuor ex jure nostro necessarium esse in judicio appellationis, in quo hoc tantùm sit officium eius qui appellavit, ut causas reddat appellationis easque probet: Judicis verò ut cognoscat de illis causis (quæ vulgò *gravamina* vocantur, item *gravatoriales articuli, &c.*) earumque probationibus: & ut eas expendat: tandemque ferat sententiam, quâ vel confirmetur prior sententia si temerè ac frivolè sit appellatum: vel confirmetur ac rescindatur, si benè. 19

Porrò † quid probandum incumbat appellatori, docet Mynsing. *cent. 3. obs. 15.* ubi quatuor annotat capita, quæ probare oporteat: ex quibus tamen Giphanius postremum duntaxat pro vero admittit; cætera tria putat ex eo errore nata esse, quo persuasum est vulgo, judicem appellationis sive ad quem, cognoscere, an recipiéda sit appellatio, nec ne: quam cognitionem ipse contendit ad judicem à quo pertinere. Fatetur tamen idem Giphanius pro vulgatâ opinione facere jus Pontificium. 20

In primis † autem in hoc loco de probationibus appellatoriis memorabile est vulgò jactatum illud dicterium: licere appellanti, *non allegata* in primo judicio, *allegare, & non probata probare*: novas, inquam, probationes hîc admitti. Licet igitur hîc etiam novos testes producere, quod alioquin in primo judicio cognitis jam sive didicitis testimoniis, quæ jam publicata sunt, non amplius licet. *Nov. 90. §. quia vero. & §. illud.* 21

Judicis † officium hîc quoque positum est in duobus potissimùm: primùm, in cognitione: secundò, in sententia. Et cognitio quidem non tàm pertinet ad receptionem appellationis, quàm ad examen rationum seu causarum eius: an illæ sint justæ an injustæ, & an satis sufficientes sint probationes. In sententiâ observandæ sunt inprimis formulæ eius, non solum jure civili receptæ, & literis proditæ, sed etiam quæ moribus frequentantur: de quibus post alios videatur And. Gail *lib. 1. observ. 131.* 22

Deinde † notandum est posse judicem appellationis partim confirmare priorem sententiam, partim reformare. Nam fieri potest ut prioris judicis sententia, vel tota sit justa: vel tota injusta: vel ex parte justa, ex parte injusta: si nimirum sententia plura ac diversa contineat capita. Cui non observatur *l. 27. in hoc judicio. D. famil. ercisc.* de quâ antinomiâ videatur Cujacius *lib. 23. obs. 1.* & eum secutus Dn. Giphanius *in tractatu de* 23

24 *appellat.* Denique † obſervandum, jure noſtro ſententiam appellationis proferri poſſe μονομερῶς (unâ tantùm parte præſente.) de quo tamen quid uſu obtinuerit petendum eſt ex Mynſing. *cent.3.obſerv.71.* & Gail. *lib.1.obſervat.109.* De
25 † expenſis litis in appellatione, quid juris ſit: docent Mynſing. *cent.2. obſerv.89.* & Gail. *lib.1.obſerv.152.* poſt Jaſonem & alios communiter Dd. *ad l. 13. properandum, §. ſin autem alterutra, C. de iudic.* De † executione ſententiæ in judicio
26 appellationis latæ, quæ eſt effectus rei judicatæ, quo omnia tendunt, ad quemnam judicem illa pertineat: videatur Mynſing *cent 4 obſervat.94. & cent.5.obſer. 94.* Item Gailius *lib.1.obſerv.113.* & Cujacius *lib.20 obſerv.36.* An autem etiam induciæ quadrimeſtres, id eſt, dilatio quatuor menſium, concedantur appellanti, qui poſteà deſeruit appellationem interpoſitam: de eo videantur Gloſſa & Doctores *ad l.2.C.de tempor.appell.* & Mynſing. *cent.1 obſ.70.*

27 Sequitur † inſignis locus, *De effectibus appellationis.* Primus † effectus
28 eſt: quòd ſicut in primo judicio nihil innovandum eſt lite pendente, *tot.tit.extr. ut lite pendente nihil innovetur:* ita interpoſitâ appellatione omnia in eodem ſtatu manere debent, in quo fuerunt tempore pronunciationis; nihilque prorſus innovandum eſt. *l. unic. D. nihil innovari appellatione interpoſitâ. l.pen. D. de appellat. recip.* Idque ſæpiſſimè conſtitutum eſſe, ait Imperator Gordianus *in l.3. C. de appellat.* Ratio eſt: tùm quia alioquin eſſet inanis & eluſoria futura appellatio, ſi permitterentur innovationes, atq; attentata: quia non eſt ſingulis permittendum quod poteſt publicè fieri per magiſtratum, vel judicem. *l. non eſt ſingulis. D.*
29 *de regulis iuris.* Secundus † effectus eſt: quòd appellatio priorem ſententiam extinguit, *l.1. §. ult. D. ad SC. Turpil. l. furti. in pr. D. de his qui not. infam. & l.6. § hi*
30 *autem. D. de injuſt. rupt.* Tertius † eſt quòd appellatio facit ceſſare officium prioris judicis, & quaſi manus ei ligat in eâ causâ, in quâ pronũciavit *l.1. ff. apud eum à quo appellatur. cap. directè 39. extra. de appellat.* Quòd ſi quid prior judex pendente appellatione egerit, hoc eſt ſpecies quædam attentatorum ſeu novatorum. Quid ſi ab interlocutoriâ fuerit appellatum? De eo videatur *cap. ut debitus.59.* & *ib.* Felinus, *Extra. de appellat.* Item Ferrarienſis Practicus *in formâ appel-*
31 *lationis ab interlocutoriâ.* Quartò † ad effectum etiam hæc quæſtio pertinet, an appellatio unius profit alii? De qua videndus eſt Andr. Gail. *lib.1.obſervat. 126.num.3.*

32 Poſt effectus appellationis, videndum † de modis ſolvendi ſeu finiendi judicii appellationis: ut ſunt, revocatio appellatoris: conſenſus utriuſque litigatoris: transactio: compromiſſio in arbitrum: deſertio appellationis, cujus ſeptẽ modos recenſet Mynſinger. *cent.3. obſervat.22.* item mors & ſententia. Circa
33 † primum modum quæritur an is, qui ſemel renunciavit appellationi, poſteà mutato conſilio & pœnitentiâ ductus, iterùm appellare poſſit? quod negandum eſt argumento regulæ juris in *l.69. D. de regulis juris.*

34 Poſtremus † eſt locus de attentatis ſive innovatis, pendente appellatione revocandis: & de inhibitionibus ſive mandatis inhibitoriis. De attentatis videatur ſpeculum aureum Rob. Marantæ, *tit. de appellationib. nu. 160. & ſex ſeqq. & num.389. cum octo ſeqq.* Et Mynſingerus *cent.1. obſervat.26. & cent.2. obſer.50.* item,

cent.3.

Digitized by Google

cent.3.observat.36. Giphanius noster hoc argumentum ad quatuor capita revocat: quorum primum est de personis innovantibus. 2. de rebus & causis, quæ innovantur 3. de modo & remedio revocandi innovata. 4. de pœnâ innovantis seu attentantis: quorum singulorũ explicatio plenior ab ipso peti potest *in tractatu de Appel.* De inhibitione videatur Mynsing. *cent.3. obs.87.* & Gailius *l.1.obs. 144.cum 4.seqq.* Giphanius † tamen putat, supervacuam & inutilem esse inhibitionem judici inferiori factam cùm ipso jure nihil ipsi liceat innovare post interpositam appellationem, quippe qui per eam desierit esse judex. Quod sanè fateor: veruntamen quia nonnunquam judex inferior de facto, ut loquimur, procedit, nihil nocet inhibitionem ipsi à superiore fieri. 35

CAP. VIII.

De aliis quibusdam remediis appellationi cognatis, quibus sententiæ & rei judicatæ effectus impeditur, vel suspenditur.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.* | 2 *Remedia cognata appellationi.*

NOn † solùm per appellationem impeditur sententiæ effectus, sed etiam aliis quibusdam modis ac remediis, quæ hoc capite breviter indicabimus: Nam explicatio longior aliunde peti poterit. Mynsingerus † *responsorum in pisi remed. ord. Francofurtensi. num. 1. & seqq.* quatuor talia remedia recenset & explicat: 1. videlicet restitutionem in integrum. 2. supplicationem cum qua conjungit Revisionem, quam alii ab eâdem sepatant 3 querelam falsi: quod scilicet sententia ex falsis instrumentis vel testimoniis lata esse dicatur. 4. viam nullitatis, tàm agendo, quàm excipiendo. Eadem quatuor remedia juris adversus iniquam sententiam latiùs exponit Joan. Oldendorpius *in libello de Sententiâ & Re judicatâ pag.571. & seqq.* ubi maximè *pag.* 575 recenset quinque differentias, quæ sunt inter Appellationem & supplicationem: quas cum apud ipsum videre liceat, nõ transcribo Ludovicus Gilhaus. *in arbore iudic.* post appellationem tractat ordine de his quatuor modis: 1. de Revisione. *c.8 parte 4.* 2. De restitutione in integrum, *parte 5.* 3. De supplicatione, *parte 6.* Quibus addit quartò leuteration em, *parte 7. & ult.* Ita vocant declarationem sententiæ, quæ in saxonia est recepta coram eodem judice, qui sententiam tulit. Est etiam secunda leuteratio, quam vocãt Die Oberleuterung. De his cognatis remediis, præter Mynsingerum & Gilhusium videri quoque possunt, Johan. Harpprechtus *in Disputat. Tubingensibus de processu judiciario*: nec non Rosbachius *titul.* 77. 1 2

CAP. IX. & Ultim.

De quibusdam utriusque instantiæ communibus.

SUMMARIA.

1 *Solutio & addictio bonorum debitoris.*
2 *Cessio actionum.*
3 *Cessio bonorum.*
4 *Reliqua privato studio aggreganda.*

HOc caput destinabitur illis, quæ sunt utriusque judicii tàm primi, quàm secundi communia, qualia pauca annotabo: ut sunt † solutio, & addictio bonorum debitoris, qui aurum aut pecuniam numeratam non habet, faciendæ creditori, de qua est *Nov. 4. c. ult.* Item † cessio actionum: de qua *Nov. 72.* per aliam occasionem exposita suprà *parte 8. ubi de tutelis.* Item, cessio † bonorum: de qua est *Nov. 135.* tractata nobis suprà *parte nonâ.*

Huc † aggregabuntur ab unoquoque privato studio, si qua id genus alia, quæ pariter ad primum judicium ac secundum possint referri, occurrant inter legendum.

PARTIS DECIMÆ FINIS.

PARS VNDECIMA

NOVELLARUM EXPOSITIONIS METHODICÆ.

Quæ est de Præscriptionibus.

CAP. I.

De Centenaria Præscriptione.

Ad Novell. 9. 111. & 131. c. 2. junctâ Authent. Quas actiones. c. de Sacrosanct. Ecclesiis.

SUMMARIA.

1 *De variis præscriptionum generibus, remissivè.*
2 *Quomodo præscriptio ab usucapione differat, remissivè.*
3 *Centenaria præscriptio Ecclesiis, locis religiosis & civitatibus concessa, per l. 23. C. de SS. Eccles.*
4 *Eadem Ecclesiis omnibus catholicis tàm in occidente quam in oriente concessa & confirmata, per Nov. 9.*
5 *Inscriptio Nov. 9.*
6 *Roma encomium illustre.*
7 *Centenaria præscriptionis cõcessio abrogata, & Nov. 9. correcta per Nov. 111. & 131. quod repetitur infrà n. 15.*
8 *Inscriptio Nov. 111.*
9 *Ratio innovationis & infrà num. 16.*
10 *Romana Ecclesia centenaria præscriptio male ab Iruerio in Auth. Quas actiones C. de SS. Eccles. asseritur. & num. 14. atq; 18.*
11 *Eachi-*

11 *Fachinai pro Irnerio propugnatio irrita. & infr. num.19.*
12 *Occasio introducta primùm à Iustiniano centenaria præscriptionis: sive historia condita legis 23.C.de SS Eccles.*
13 *L.23.C de SS Ecclesiis per Nov.9. confirmata, & declarata*
17 *An centenaria præscriptio etiam in civitatibus sit sublata, aquè ac in ecclesiis?*
19 *An in Novell. III. sub generali appellatione Ecclesiarum etiam contineatur Romana?*
20 *Privilegium centenariæ præscriptionis Ecclesia Romana ex iure civili non habet: sed ex Iure Canonico.*
21 *Ratio privilegii.*
22 *Casus excepto, remissivè.*

SUnt etiam Novellæ quædam de jure præscriptionum aliquid sanciẽtes & innovantes: de quibus opportunè (ut opinor) hoc loco tractabitur. Initiò † autem sciendum est, varia esse in jure civili præscri- 1
ptionum tempora: de quibus diligenter explicat, post Dynum, & alios veteres, Cujacius *proprio tractatu, De diversis temporibus præscriptionibus & terminis.* Quomodo † autem præscriptio differat ab usucapione propriè lo- 2
quendo, explicat Dn. Donellus *in commentar. juris civilis. volum.* 1. & dixi aliquid *ad tit. Instit. de usucapion.*

Inter † alia verò præscriptionum genera, est etiam centenaria, sive centum 3
annorum præscriptio, quam Imp. *in l. 23. ut inter divinum.* (vulgò est *l. ult.*) *C. de SS. Eccles.* concessit Ecclesiis & locis religiosis, sicut & civitatibus. Eandem † præscriptionem centenariam, (quam & *secularem* dicere possumus: sicut Ho- 4
ratius *Carmen seculare*) in honorem D E I concessit Imperator Ecclesiis Catholicis omnibus, tàm in occidente, quàm in oriente. *Nov. 9.* cujus † hæc est in- 5
scriptio in vulgatâ translatione, summam eius complectens, *ut etiam Ecclesia Romana 100. annorum gaudeat præscriptione:* tametsi in quibusdam editionibus particula, E T I A M, omittitur. Ex † eius Novellæ initio observetur illustre 6
encomium Romæ, quam Imperator vocat *anteriorem*, id est, seniorem, respectu Constantinopolis, quæ *nova Roma* dicta est, post translatam eò Imperii sedem, ut & *Nov. 131. c. 2.* Vocat enim ipsam *patriam legum & fontem sacerdotii, quæ sicut legum originem sortita est, ita etiam summi Pontificatus apicem obtinuerit.* Quod elogium conferendum est cum plurimis aliis, quæ collegit ex variis scriptoribus clarissimus Lipsius *in admirandis, sive de magnitudine Romana.* Sed † hanc 7
centum annorum prærogativam priùs concessam Ecclesiis, aliisque venerabilibus locis, quæ enumerantur *tit. C. de SS. Eccles.* posteà rursus ademit iisdem, substituta in eius locum præscriptione 40. annorum, *Nov.* III. quæ correctoria est Novellæ nonæ. Ideoque † rectè sic inscribitur à veteri Interprete: *hæc* 8
constitutio innovat constitutionem, quæ præscriptionem centum annorum venerabilibus locis dederat. Rationem † innovationis ipse reddit Imperator *d. Nov.* III. 9
quam quidem etiam aliâ constitutione suâ tandem confirmat *in Nov. 131. c. 6. pro temporalibus, &c.*

Neutro † autem loco excipit Ecclesiam Romanam, quasi hæc sola centum 10
annorum præscriptione aliis Ecclesiis denegatâ, adhuc gaudere debeat. Quapropter malè Irnerius *in fine Authent. quas actiones. C. de SS. Ecclesiis*, à generali illa constitutione, de tempore actionum, sive præscriptione 40. annorum Eccle-

siis, aliis-

Digitized by Google

siis, aliisque locis sacris competente, excepit Ecclesiam Romanam: his verbis: *Solâ Romanâ Ecclesiâ gaudente centum annorum spatio vel privilegio.* Quæ verba cùm neque in fonte *Nov.* III. neq; in *Nov.* 131. extent: non debuit ipse eam clausulam de suo infarcire. Non enim plus esse debet in transumpto, quam in originali: neq; sine crimine falsi hoc facile fieri potest, ut plus in illo ponatur, quàm in hoc continetur. Videatur Cujacius non solùm *in d. tract. de diversis temporum præscriptionibus & terminis. c.* 31. sed etiã *l. 5. obs. c. 5.* item *in recitationibus ad c. 13. Ad audientiam. & c. 14. extra de præscription.* Item Dn. Giphanius *ad l. ut inter divinũ. & Auth, quas rationes. C. de SS. Eccl.* Item Arr. Pinellus *ad Auth. Nisi triennalis. n.*
11 *57. C. de bon. matern.* Etsi autem hæc ita sunt: tamen † Andr. Fachinæus *lib. 8. controvers. c. 3. mihi p.* 158. strenuè propugnat pro Ecclesiâ Romanâ, eiq; centum annorum privilegium adhuc etiam ex Justiniani mente competere contendit, (quod non credo) & Irnerium defendit: sed ipsius rationes tanti apud me non sunt, ut à Cujacio, Pinello, & Giphanio, aliisque propter eas discedam.

12 Placet † autem hoc loco commemorare occasionem, quâ primùm introducta est à Justiniano Centenaria illa sive secularis præscriptio, per *l. ut inter divinum. C. de SS. Ecclesiis.* Historiam illam suppeditat nobis Suidas *in Lexico, in voce, Priscus Emesenus.* Erat Emese (quæ civitas est Phœniciæ Libanusiæ, teste Stephano *in libro de urbibus*) erat, inquam, vir quidam patricius Mammianus in re lautissimâ, qui heredem instituerat Ecclesiam Emesenam: ex quâ ipsius ultimâ voluntate satis elucet, quantâ in Deum pietate fuerit. Ecclesiæ igitur illius Oeconomi non contenti divitiis justè partis ac relictis, ut avaritiam suam insatiabilem explerent, ad malas artes & falsi crimina confugerunt: Nam Priscum quendam, eius loci civem, qui aliorum scripturas sive manus scitè imitari atq; exprimere poterat, subornârunt, & spe participandæ prædæ induxerunt, ut manifesto crimine falsi multa conscriberet instrumenta obligationum, quasi ab aliis confecta debitoribus, & Mammiano data, in quibus promitterent se ei restituturos pecunias, quas in causa depositi ab ipso accepissent ac penes se haberent. Inprimis autem cujusdam tabellionis pridem defuncti (qui ut vir fide ac virtute præstans & celebris, dum viveret, civibus frequentem in foro operam dabat, instrumenta eorum suâ subnotatione confirmans: ut hodièq; solent notarii) hujus, inquam, viri fide dignissimi & omni exceptione majoris auctoritate & nomine ad eam rem Priscus ille falsarius abutebatur, manum ipsius imitãdo, & subscriptiones plurimas confingendo. Ea instrumenta improbus scriptor œconomis non minùs improbis tradebat. Oeconomi pecunias petebant ab iis, quorum nomina tabulis inserta essent, quasi cum Mammiano contraxissent, eique deberent: & jam eo mortuo Ecclesiæ tanquam heredi Mammiani: cùm tamen reverâ neq; cum Mammiano contraxissent, neque deberent quicquam vel ipsi vel Ecclesiæ ipsius heredi. Sed ut scelera consilium non habent, & cæca ferè est improbitas: ita isti quoq; falsarii nõ satis circumspecti cautiq; fuerunt. Nam in diebus & annis instrumentorum falsorum ponendis vel annotandis, non attenderat Priscus, quòd dies actionum jam exiissent: atque ita Ecclesiæ Emesenæ eiusve œconomis adversus prætensos debitores hereditarios agentibus

tibus nihil prodeſſent illa inſtrumenta: quippe quibus obiici poſſet præſcriptio vel 30. vel 40. annorum. Itaque ad hunc modum ſuismet artibus deluſi fruſtratique ſpe prædæ ſuæ non hîc acquieverunt, ſed ſcelus ſcelere cumulantes confugerunt ad jus novum per largitiones aulicas impetrandum. Proficiſcuntur Conſtantinopolim ad aulam Imperatoris Juſtiniani: ibique ſuis largitionibus & corruptelis hoc efficiunt apud bonum illum &, ut quidam volunt, analphabetum principem, qui totus pendebat ab uxore ſuâ Theodorâ, imperiosâ & impotentis animi fœminâ, & à Triboniano homine avariſſimo, quem alibi teſtatur Suidas *in verbo: Tribonianus*, leges fixiſſe pretio ac refixiſſe: Efficiunt inquã, ut jus novum conderet, quo ſanciretur, ut poſthac Eccleſiis non 30. vel 40. annorum, ſed centum, præſcriptio obſtaret: ſive aliqua res vendita ſit Eccleſiæ, aliisve piis locis, ſive donata; ſive relicta titulo inſtitutionis, ſive legati, ſive fideicommiſſi ut inquam, eius rei exactio, petitioque, ſalva eſſet Eccleſiæ usque ad centum annos: qui longiſſimus eſt vitæ humanæ terminus. Atque hæc eſt conſtitutio illa Juſtiniani *in l. ult.* (aliâs 23.) *C. de SS. Eccleſ.* eâ, quam dixi occaſione promulgata: id eſt, ad inſtantiam & ambitionem ac largitiones œconomorũ falſariorum Eccleſiæ Emeſenæ; qui ſub ſpecioſo prætextu pietatis ac religionis, non tàm Eccleſiæ, quàm ſuum negotium agebant: ita ut ſæpè fit. Notandum eſt autem, quod Imperator ſuam illam conſtitutionem non tantùm in futuris negotiis obtinere juſſit, (ut regulariter leges in futurum ferri & valere ſolent *l. 7. C. de legibus.*) ſed etiam in iis, quæ jam eſſent in judicium deducta & pẽdentia: ut habet ultima eius legis clauſula quæ procul dubio, in gratiam impetrantium illud jus novum, addita eſt. Hæc enim ſi non fuiſſet adjecta; certum eſt, eam reſtitutionem parùm, vel potiùs nihil ipſis profuturam fuiſſe: quam tamen cupiebant ſibi vel maximè, ac primò omnium prodeſſe adverſus eos, quos tanquam debitores Mammiani ex illis inſtrumentis conveniebant, ut Eccleſiæ Emeſenæ ſolverent: non obſtante præſcriptione 30. vel 40. annorum, quam illi prius objecerant; ſed eliſit vel excluſit nova illa conſtitutio Juſtiniani, continés jus non modò novum, ſed & ſatis iniquum (ſicut ſolet ſæpè jus novum continere iniquitatem. *l. 3 ff. quod quisq; juris in alterum ſtatuerit, &c.*) cùm tamen alioquin traditum ſit, reſcripta, quæ contra jus ſcriptum fuerint impetrata, niſi talia ſint, quæ illis, quibus data fuerint, proſint & nulli obſint, nullius eſſe cenſenda momenti. *l. 7. C. de precibus Imperatori offerendis.* quæ lex relata eſt etiam in jus Canonicum: ut videre eſt ſub *can. 16. jubemus. cauſa 16. q. 3.* aliâs 4. & *in can. 15. reſcripta. cauſa 25. q. 2.* Cùm etiam certum ſit, ne Imperatorem quidem cuiquam jus ſuum auferre poſſe: quod tamen illis debitoribus Emeſenis hac ratione ademptum fuit, & quidem in gratiam iſtorum fallariorum ſub prætextu religionis. Certè non minùs committit crimen falſi & in L. Corneliam incidit, qui inſtrumento falſo ſciens dolo malo utitur, quàm qui ipſe id confecit. Hæc eſt hiſtoria conditæ *d. legis ut inter divinum* paucis cognita: quam idcirco pleniùs referre volui, quia multa complectitur memorabilia.

Eam † legem ut dixi, poſteà Juſtinianus confirmavit ac declaravit *per Novellam 9.* quam velut donarium quoddam inſcripſit Johanni Epiſcopo & Pa- 133

triarchæ veteris Romæ: cui etiam inscripta est epistola Justiniani, quæ incipit: *Nos reddentes honorem, &c.* Cui respondet idem in epistolâ, *Inter claras, &c.* Videatur *l. 3. & 4. C. de Summâ Trinit. & fid. Cathol.* cumque *lex ult.* generaliter disponeret de Ecclesiis indefinitè, Imperator ad Ecclesias Occidentales eam produxit: aut certè sic declaravit, quòd non minùs ad eas, & ad Romanam, pertineret, quàm ad Constantinopolitanam vel Emesænam, vel alias orientales. Eitamen *eadem Novella* addit clausulam, ut etiam ad pendentia negotia pertineat, repetitam ex *d. l. ult.*

14 Ex † quibus omnibus jam satis apparet, Justinianum hac in re, id est, quo ad præscriptionem centum annorum, æqui parasse omnes Ecclesias, nec speciale aliquid tribuisse Ecclesiæ Romanæ, ut vulgò putant. Quod cùm primò didicissem ante viginti & ampliùs annos, ex Giphanio; posteà etiam vidi magna adseveratione & quidem sæpiùs repetitum à doctis: Arrio Pinello, *ad Authent. Nisi triennalis. C. de bonis maternis.* Addit tamen quandam ὑποκρισίαν his verbis: *servatâ debitâ reverentiâ summis Pontificibus sacrosanctoq; Iuri Canonico:* quasi diceret, se ipsorum judicio ac definitioni disputationem suam subiicere, eique stare velle. Sic enim solent scriptores sibi cavere, qui talibus locis vivunt, ubi propter inquisitionem Hispanicam & censuras Pontificias, non sunt liberæ voces.

15 Sed † illam centenariam præscriptionem pro favore Ecclesiarum, ut & civitatum, sic introductam, posterius idem Imperator sustulit, ut dictum aliis Novellis: nempe 111 & 131. c. 2. Quibus locis præscriptionem 40 annorum, sive,
16 ut loquitur, octo lustrorum, ei substituit. Ratio † mutati juris, id est, sublatæ centum annorum præscriptionis, ibidem adfertur: quia scilicet per illius sanctionis licentiam, multa negotia fuerint commota, & velut antiquorum vulnerum obductæ cicatrices iterum patuerint: sanitas autem provenire non potuerit, ob difficultatem probationum quæ tanto temporis spatio, vel potiùs seculo, inciderint. Ita quod conjectura profuturum crediderat, experimento cognitum est, inutile & damnosum: sicut sæpè benè cogitata malè eveniunt: & in medicamentis quoque morborum usu venit, ut quæ ægroto maximè profutura putabantur, ea ipsa maximè noceant: quâ eleganti comparatione Imperator ipse utitur, *initio d. Nov.* 111. Nam, ut ait, *quod medicamenta morbis, hoc jura exhibent negotiis.*

Cùm autem Imperator neque civitatum ibi faciat mentionem, sed tantùm Ecclesiarum & monasteriorum, aliorumque locorum religiosorum: neque in specie Romanæ Ecclesiæ: ea res occasionem præbuit duplici controversiæ, quâ
17 Interpretes moverunt. Prima † est: an quod de Ecclesiis & piis locis cæteris mutavit Imperator, ut scilicet non ampliùs centum annorum, sed tantùm quadraginta præscriptione, deinceps utantur: idem etiam intelligendum sit in civitatibus mutatum? Et probo sententiam illorum, qui id affirmant. Itaque ajo, æquè civitates, ac Ecclesias, non ampliùs centenariâ præscriptione gaudere: sed quadragenariâ excludi. Argumenta pro hac sententiâ, sicut etiam pro contrariâ negativâ, quæ est Cujacii & aliorum, eorumq; solutiones, videri possunt apud

Digitized by Google

apud Fachinæum. *d. lib. 8. c. 3.* quem hic non compilabo. Agit etiam hac de re Dn. Giphanius *ad d. l. ult. C. de SS. Ecclesiis.* In eo quoque libenter assentior Fachinæo, centum annorum præscriptionem non competere fisco, sed nec principibus. Et hæc breviter de priore controversia. Altera † est, an sub illâ ge- 18
nerali constitutione de 40. annorum præscriptione Ecclesiis competente, etiã Romana intelligi debeat comprehensa? Plerique putant, non comprehendi Ecclesiam Romanam, sed in eâ hodiéque durare prærogativam vel privilegium centenariæ præscriptionis? Et in hac sententia, fuit, ut suprà dixi, Irnerius, autor *Auth. quas actiones. C. de SS. Eccles.* dum in eius fine ita posuit: *Solâ Romanâ Ecclesiâ gaudente 100. annorum spatio vel privilegio.* Cùm tamen certum sit, quod & alibi admonui, clausulas illas Codici insertas ex Nov. quas vocamus *Authenticas*, semper intelligi debere secundum ipsas Novellas unde excerptæ sunt, neque plus minusve continere debere, quàm in ipso fonte seu corpore contineatur. Atque hoc est, quod etiam Arrius Pinellus *ad d. Authent. Nisi triennalis nu.* 57. notavit; *exgl. & Salic. ibid.* quòd Irnerius errore lapsus adjecerit ultimam partem textus, ibi, *Solâ Romanâ Ecclesiâ, &c.* Contra originale dictum Authentici, id est Novellæ *hæc constitutio, &c.* Certè Gregorius Magnus, qui non diu post Justinianum Papa Romanus sedit, nec ignoravit Justiniani Novellas, quas etiam alibi solet allegare, vult Ecclesiæ Romanæ obstare quadraginta annorum præscriptionem *lib. 1. Regesti, epistolâ 9.* qui locus relatus est à Gratiano in Decretum *can. 2. volumus, causa. 16. q. 4.* aliâs 5 *si*, inquit, *monasterium fines, de quibus causatio mota est inconcussos quadraginta annis possedisse repereris, nullam deinceps, etiãsi quid sacræ Romanæ Ecclesiæ competere potuit, patiaris sustinere calumniam: sed quietem illorum inconcussam omnibus modis procurare, &c.* Ecce, ubi tum fuit illa, quam jactant, soli Ecclesiæ Romanæ à Justiniano concessam & nunquam revocatam, centenaria præscriptio? quam certè etiam Gregorius Magnus allegasset, eáque usus fuisset omnino: nisi intellexisset posterioribus Novellis fuisse revocatam & sublatam ab eodem, qui Ecclesiis tàm Occidentalibus, quàm Orientalibus illam concesserat, Imperatore: & nisi exploratum habuisset, legibus abrogatis & mutatis non amplius utendum: & priores abrogari per posteriores. Taceo nunc, quod absurdum sit dictu, Justinianum dictis Novellis posterioribus 55. videlicet 111. & 131 tantum respexisse ad *l. ult. C. de SS. Eccl.* ut eam abrogaret solam, non autem simul etiam ad *Nov. 9.* Imò verò utramque constitutionem anteriorem abrogare voluit. Taceo etiam, quòd ratio sublatæ centum annorum præscriptionis, quam adfert Imperator sit generalis, & æquè pertineat ad Ecclesiam Romanam, atque ad quamlibet aliam. Taceo præterea autoritatem Juliani Antecessoris, qui *in sua epitome Novellæ 131.* non excipit Ecclesiam Romanam à generali regulâ de locis religiosis & præscriptione quadragenariâ ipsis competente: quod procul dubio facturus fuerat, si ea fuisset mens Justiniani, quam Irnerius, aliique nonnulli ipsi affinxerunt. Juliani illa verba referuntur etiam in Jure Canonico, *can. ult. ca. sa 16. q. 4. alias 5.* omninò autem plus habendum est fidei Juliano, quem antiquum Epigramma, quod extat in Anthologia, *lumen Iurisprudentiæ* appellat, quam vel Irnerio, vel aliis longè posterioribus. Julianus

autem ipsi Justiniano σύγχρονος fuit. Quanquam iteu hæcita se habent, ut hucusque demonstravi: tamen posteriores pontifices centenariam præscriptionem Ecclesiæ Romanæ arrogarunt, quòd scilicet veteres putarint Justinianum Ecclesiæ Romanæ reliquisse centum annorum præscriptionem, quam aliis Ecclesiis ademerat, datâ ipsis in locum eius quadragenariâ præscriptione: vel certè quod illi ipsi legem dicerent suisque studerent commodis, & ad priorem Justiniani jam abrogatas leges & constitutiones redire mallent, & præcipui quidpiam præ cæteris Ecclesiis habere cuperent, quam pati se suamque Ecclesiam velut in ordinem cogi cum cæteris. Videatur Johannes VIII. in *can. ult. causa 16. quæst 3.* alias 4. & Innocentius III. *in cap. 13 ad audientiam. & cap. 14. cùm vobis, & cap. 17 si diligenti. extra de præscription.* Item Bonifacius VIII. *in cap. 2. si qui. de præscription. in 6.* Ex quibus locis observat Arrius Pinellus *ad d. authent. Nisi triennalis.* privilegium istud Ecclesiæ Romanæ à Summis Pontificibus primùm inductum dici debere, & tantùm autoritate Juris Canonici probandum fore. Quam ingenuitatem acutissimi Lusitani vehementer laudo: ut & Cujacii *lib. 5. observat. cap. 5.* ubi sic ait: *quæso, cur non etiam fatentur correctam Nov. 9. Est namque Novella* 111. *posterior. Necesse, cur plus occidenti quam orienti*
119 *tribuatur.* Contrà † verò Andr. Fachinæus in gratiam Pontificis Romani conatur nobis persuadere, *d. Novell. 111. & 131.* nõ posse trahi ad Ecclesiam Romanam: & Novellà 9. speciale privilegium contineri, quod concessum Ecclesiæ Romanæ Justinianus semper reliquerit, etiam quando aliis Ecclesiis pro centum annorum præscriptione dabat quadragenariam. Argumenta ipsius, quæ ad hanc sententiam stabiliendam adfert, *d. lib. 8. cap 3.* nimis sunt imbecilla & frivola, atque ex superioribus quæ hactenus disserui, studio potiùs veritatis,
120 quàm partium, facilè ab unaquoque refutari poterunt. Jam † ut rem in pauca conferam, dubitandum non est, quin jure civili novissimo, & prioris derogatorio sive correctorio, Romana ecclesia non gaudeat centum annorum præscriptione, sed 40. perinde ut aliæ Ecclesiæ sive orientales illæ sint, sive occidentales: præ quibus nihil habet hac in re præcipuum. Jure autem Pontificio Ecclesia Romana habet speciale privilegium, ut scilicet sola gaudeat centum
121 annorum præscriptione. Cujus † privilegii ea affertur ratio: quia hæc Ecclesia primatum quendam & magisterium habeat præ cæteris universi orbis Ecclesiis: de quo primatu multa passim in Jure Canonico afferuntur, & ab Andr. Alciato *in comment. ad l. inter claros. C. de summa Trinit. & fide Cathol.* & à Roberto Bellarmino, aliisque Romanæ sedis promachis, vel defensoribus, col-
122 liguntur ac propugnantur: de quibus alibi commodius. Sunt † tamen aliqui casus, quibus etiam Romana Ecclesia non habet hoc privilegium, centum annorum præscriptionis, sed tantùm 40. ut aliæ Ecclesiæ: quorum unus affertur à Bonifacio VIII. *in d. cap. 2. de præscription. in 6.* Item plures *ibid. in gl. & ab Interpp.*

Atque hæc hactenus de tribus istis *Nov. 9. 111. & 131. c. 2.*

CAP.

Digitized by Google

CAP. II.

Ad Novellam 119. c. 7. versiv. & c. 8. de præscriptione: innctâ Authent. Malæfidei, & Authent. Quod si quis. C. de præscriptione longi temporis.

SUMMARIA.

1 *Res immobiles decennio inter præsentes, vicennio inter absentes usucapiuntur: & bonæ fidei possessori, ut novo domino, præscriptio adversus priorem dominum acquiritur.*

2 *Malæ fidei possessor triginta annorum præscriptione tutus est.*

3 *Distinctio inter eum qui domino sciente, & eum qui domino ignorante possedisset; per Nov. 119. cap. 7. introducta.*

4 DECURSUM, *non* DISCURSUM, *legendum in d. N. 119 c. 7.*

5 *Si dominus contra quem usucapitur partim præsens partim absens fuerit; anni absentia decennio usucapientis decedunt. ex c. 8. d. N. 7.*

EST præterea alius quoque in Novellis locus de præscriptionibus, minimè prætereundus: quem sub hoc cap. breviter perlustrabimus. Notum † est autem ex *Instit. tit. de usucapion.* & ex *l. unic. C. de usucap. transform.* dixi etiam non ita pridem *in comment. ad 12. tabulas*, res immobiles usucapi inter præsentes decennio, inter absentes vicennio, si quis tanto tempore eas possederit: cùm quidem ex justo titulo & bonâ fide possessionem adeptus esset: eaque *longi temporis possessio* in jure nostro dicitur. *toto tit. C. de præscript. longi temporis*: & explicatur *ad rubr. d. tit. Instit. de usucap.* Huic consequens est, quod prior dominus (cujus res est usucapta) actiones in rem, quas antea adversus possessorem habebat, cùm is usucapionem nondùm complevisset, amittat: & si adhuc agere velit, submoveri possit præscriptione, quæ competit novo domino, qui rem usucepit: ita, inquam, jus est in bonæ fidei possessore. Adversus † malæ fidei possessorem actiones in rem tolluntur 30. annorum præscriptione *l. 3. sicut. cum similibus. C. de præscr. p. 30. vel 40. annorum.* Hæc † ante Novellas obtinuerunt: quo tempore non distinguebatur inter eum, qui domino sciente, & illum qui domino ignorante, rem possedisset atque usucepisset Justinianus autem nonnihil hoc jus immutavit *per Nov. 119 c. 7.* quo constituit, ut possessor bonæ fidei habens titulum à malæ fidei possessore, puta quia rem ab ipso emit, vel cum eo permutavit, vel quia sibi ab ipso donata est, vel quia in dotem dota, &c. Idque sciente domino rei, nec tamen possessorem inquietante seu conveniente, seu litem adversus eum non contestante, spatio 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, rem usucapiat: ex quâ usucapione ipsi nascitur temporalis præscriptio, id est, exceptio: quam, ut dixi, obicere potest illi, qui, cùm olim rei dominus fuisset, amisit dominium per usucapionem; & tamè quasi adhuc dominus esset, agere vult contra possessorem, eundemque novum dominum ex usucapione factum: ignorans autem dominus & jus sibi in re cõpetens, & alienationem eius à malæ fidei possessore factam in eum, qui bonâ fide rem accepit, non nisi 30. annorum præscriptione excludatur: nec possessorem

Digitized by Google

quicquam juvet, quod bonâ fide eam acceperit, vel poſſederit. Breviter, bonæ fidei poſſeſſor, qui rem alienam à malæ fidei poſſeſſore accepit, ignorante eius rei domino, non niſi 30. annorum præſcriptione tutus eſt, *ex hac Novella* (Irnerius *30. annorum defenſionem* vocat: & rectè. Eſt enim omnis exceptio quædam rei conventi defenſio: ut docui *ad tit. Inſtitut. de Exception.*) In eo autem qui domino ſciente rem emit, vel alio titulo accepit, ſufficit longi temporis poſſeſſio ad implendam uſucapionem, & producendam præſcriptionem, ſi dominus ſciens non fuerit litem adverſus eum conteſtatus: ſic enim rectè expreſſit Irnerius vim græci verbi Διαμαρτύρεσθαι, quod in textu Novellæ extat. Hoc primum eſt à Juſtiniano *in d. Nov.* conſtitutum: de quo videatur *d. authent. malæfi-*
4 *dei poſſeſſore, C. de præſcript. longi temporis.* Puto † autem, ut hoc obiter admoneam, in *d. Nov. 119. c. 7.* pro *diſcurſum*, legi debere *decurſum*. Non enim rectè dicimus *diſcurſum temporis*, ſed *decurſum*, id eſt, lapſum. Et textus Græcus habet παρδραμὼν.

5 Eſt † & aliud caput juris novi circa præſcriptiones. ſi quis enim initio decennii vel aliquot annis præſens fuerit, poſteà verò per aliquot annos abfuerit, conſtituit Imperator, ut quot annos abfuerit, tot anni adiiciantur exacto jam decennio ad implendam uſucapionem: verbi gratia præſens quis fuit octo annis: deinde per biennium abfuit: Tandem revertitur domum decurſo decem annorum curriculo vel ſpatio. Hoc caſu ut uſucapio completa dici poſſet, adhuc biennium in poſſeſſione debet eſſe, *d. c. 8. Nov. 119. & authent. quod ſi quis quibusdam. C. d. tit. de præſcript. longi temporis.*

Ex his jam perſpicuum fit, quid & quantum novi juris Imperator circa præſcriptiones induxerit.

CAP. III.

Quæ præterea ad præſcriptionum materiam pertineant; remiſſivè.

SUMMARIUM.

Remiſſio ad auctores qui reliqua de præſcriptionibus ſcitu neceſſaria literis prodiderunt.

IN Novellis quidem plura non occurrunt de præſcriptionibus: ſed de hoc nobiliſſimo & latiſſimè patente argumento, præter Cujacium & Dynum, conſuli debent hi potiſſimum ſcriptores: 1. Fr. Balbus in tract. de præſcription. 2. Item Gilkenius nuper profeſſor Wirtzburgenſis. 3. Johan. Schneidewinus, Mynſingerus, aliique commentatores Inſtitutionum *ad tit. de uſucapion.* 4. Commentatores Codicis, *ad l. unic. tit. de uſucap. transform.* item *ad tit. de præſcript. 30. vel 40. annorum: cum aliquot titulis præcedentibus.* 5. Interpretes Juris Canonici, cum primis *ad cap. poſſeſſor de reg. Iur. in 6.* ubi Dynus, Peckius, & alii, *& ad cap. fin. extra de præſcript.* Sunt autem hac in re aliquot inſignes differentiæ inter Jus Civile & Canonicum: de quibus videantur Roſ-

tur Rosbachius,& quæ dixi in tractatu differentiarum Juris *lib.4. cap.12.& 2. seqq.* 6. Adhiberi quoque possunt illustriora quædam consilia & responsa juris,maximè Jurisconsultorum Germanorum:ut Sichardi, Fichardi, Modestini Pistoris,wesenbecii & aliorum: Item Marpurgensium Consilia. Atque hic nobis undecimæ partis Novellarum esto finis.

PARTIS UNDECIMÆ FINIS.

PARS DVODECIMA
NOVELLARUM EXPOSITIONIS METHODICÆ.

Qua agit de Delictis & criminibus.

PROOEMIUM hujus partis:

De ordine capitum tractandorum.

SUMMARIA.

1 *Tractatio de delictis & pœnis cur vocetur terribilis.*

2 *Propositio dicendorum.*

IMperator † *in l.2 §.8. septimus autem & novissimus articulus.C.de vet. Iur.enucl.* librum Pandectarum 47.& 48. in quibus tractatur de delictis privatis & extraordinariis, nec non publicis criminibus, vocat *duos terribiles libros:* (quasi sanguine scriptos) nimirum quòd omnè contineant severitatem,pœnarumque atrocitatem. Ad idem exemplum etiam Novellas quasdam,quæ de Delictis & criminibus,eorumque pœnis agunt, & sub *hac parte 12.& seq.* exponentur, *terribiles Novellas* vocare possumus: sicut aliàs *titulum ult. Instit.* qui est *de publicis judiciis*, appellare solitus sum *terribilem titulum.* Nam & delicta,criminaque ipsa,&illorum pœnas abhorret natura,rectaque ratio:pœnarum verò acerbitas inventa est ad deterrenda maleficia. *l. 31. bona fides. in fine principii D. deposit.* & pluribus dicam infrà *parte proximâ, de pœnis.* 1

Porrò † crimina & delicta (quæ quomodo inter se differant, si propriè loquamur,docui *ad Institut.lib.4.ad tit.1.& tit.ult.*) de quibus aliquid in Novellis sancitur,hæc potissimùm sunt,quæ ordine,ac deinceps exponemus: 1 blasphemia *Nov.77.& 141.* 2. mala administratio Reipublicæ. *Nov.8.* 3. Concussio. *d. Nov.8.* 4. Adulterium,*Nov.117 & Nov.134.* 5.Lenocinium *Nov.13.* 6.Stuprum & 7. Sodomia,*Nov.*141. 8. Incestus. *Nov.*139. 9. Raptus, *Nov.* 143. *& Nov.*150. 10. Crimen sicariorum commissum in castratione seu Eunuchismo *Nov.* 142. 11. Vis publica, *Nov.*17. 12. Expositio infantum.*Nov.* 153. His postremò subiicienda 2

Digitized by Google

cienda sunt quædam generalia sive communia criminum & accusationum: de quibus *Nov. 69.*

CAP. I.

Continens Catalogum eorum, qui de criminibus scripserunt.

SUMMARIA.

1 *Ratio instituti.*
2 *Catalogus eorum qui de criminibus scripserunt. & num. 4.*
3 *Vetus iudiciorum publicorum ordo atque usus ex quibus auctoribus petendus.*

1. VT † aliàs expositioni illustris alicujus argumenti in Novellis oblati, solitus sum vel præmittere, vel subiicere catalogum sive nomenclaturam scriptorum aliquot celebriorum, & in praxi frequentatorum, qui id suis commentariis illustrarunt: ita hîc quoque faciam: idq; eo fine, ut studiosi juris sciant, unde cætera, ubi usus inciderit, petere possint. Omnia enim à nobis hîc plenè tradi nequeunt: ac ne debent quidem, cùm satis sit, si convenienter promissis & instituto nostro Novellas justâ quâdam ordinis ratione interpretemur.

2. De † criminibus igitur hi ferè autores sunt, qui ad meâ noticiam & qualemcunque bibliothecam adhuc pervenerunt: 1. pertinent huc criminales constitutiones Caroli V. & sacri Romani Imperii, quas vocamus Die peinliche Halßgerichts Ordnung: quas primùm Germanicâ linguâ scriptas promulgatasque, in Latinam linguam transtulerunt, Justinus Göblerus, & paraphrasi ac notis auxit Georgius Remus, IC. Patricius Augustanus, & Consiliarius Reipublicæ Noribergensis. 2. Huc pertinet totus liber quintus sententiarum Julii Clari. Item praxis rerum criminalium: descripta diligenter à Jodoco Damhauderio: item à Johanne Mylæo Parisiensi, & ab Ægydio Bossio Italo: item ab Hyppolito de Marsiliis: item à Ludovico Carerio; & aliis. Pertinent quoque huc libri de Maleficiis: Angeli Aretini, Alberti Gandini, & Bonifacii de vitellinis: item Petri Plazæ epitome de Delictis: item tractatus Jacobi de Bellovisu: item magnâ ex parte huc faciunt Jacobi Menochii libri de Arbitrariis judicum quæstionibus. Est etiam insignis tractatus Criminalis Tiberii Deciani; quibus omnibus nuper accessit Arbor Criminalis Ludovici Gilhusij. Taceo quosdam, qui disputationes & theses criminales scripserunt: inter quos non est postremus Theodorus Petræus, qui Marpurgi Thesaurum edidit controversarum conclusionum criminalium. Taceo Johannem Harpprechtum Professorem Tubingensem. Taceo eos, qui volumina consiliorum criminalium collegerùt & ediderunt. Sed minimè prætermittendus est Ant. Gomesius Hispanus, cujus variarum resolutionum tomus tertius in delictis & criminibus consumitur. Sunt etiam non pauci qui de singulis quibusdam criminibus, aut delictis ex pro-

Digitized by Google

ex professo scripserunt: verbi gratia, ad L. Juliam de crimine læsæ majestatis: ad L. Corneliam de sicariis, sive de homicidio: ut Voltius Professor Tubingensis, cujus commentarium posthumum amicus noster edidit Dn. D. Burckardus Consiliarius Noricus item Matthæus Gribaldus, & alii Quis enim singulos & universos enumeret? Ad horum igitur & similium autorum copiosa commentaria recurrendum est, quoties de hodierno processu & praxi publicorum judiciorum & de pœnis criminum quæstio incidit. Veterem † verò horum 3
ordinem atque usum non aliundè meliùs cognoscere licebit, quàm ex Fr. Hotomanno *ad finem partitionum juris civilis:* nec non ex Brissonio *lib. 2. antiquit. selectar. cap. 1.* Videatur etiam Joach. Hopperus *lib. 12. de verâ Iurisprudentiâ. c. 4. & 3. seqq.* Consulatur etiam Valerius Maximus *lib. 8. c. 1. de Iudiciis publicis.* Nos pluribus autorum nominibus prætermissis, ad explicanda ea crimina, quæ in Novellis attinguntur, deinceps convertamur. His † addatur & Practica 4
Criminalis Folleri, Novelli & Blanci. De procuratore in causis criminalibus scripsit Ant. Rubæus.

CAP. II.

De Blasphemiâ.

Ad Novellam 77.

SUMMARIA.

1 *Notatio Blasphemiæ.*
2 *Quænam in quovis crimine debeant attendi.*
3 *A quibus, & quomodo, committatur blasphemia.*
4 *Blasphemos supplicio dignos esse, quo argumento probet Iustinianus.*
5 *Blasphemantium pœna ultimum supplicium.*
6 *Magistratus blasphemos impunitos dimittens eâdem pœnâ cum illis afficiendus.*
7 *Magistratus delicta & crimina non puniens se eorundem reum constituit.*
8 *Iustinianus in Nov. 77. non tantùm legislatorem, sed etiam concionatorem agit: hortando subditos ad pœnitentiam: & inculcando iisdem timorem Dei.*
9 *Blasphemorum pœna quænam fuerit olim? qua Iure Canonico? qua moribus nostris? remissiùs.*

EXplicationem criminum meritò ordimur ab hoc omnium gravissimo: quod Græco vocabulo vocamus *Blasphemiam*, Latinis est convitium & maledictum adversus DEUM, Germanis Gotteslästerung: de quo agit altera pars *Novellæ 77. §. & quoniam quidam:* Altera enim *eiusdem Novellæ* pars, scilicet tota *Novella 141.* agit de luxuria contra naturam, sive peccato Sodomitico: de quo nos infrà separatim *alio capite* tractabimus. Illud † autem in genere admonendum est, de quolibet delicto vel crimine duo ista potissimùm debere attendi: 1. à quibus & quo modo unumquodque committatur. 2. quæ sit cujusque pœna. Hæc igitur duo capita etiam de blasphemiâ videamus. 2

Blasphemia † verbis committitur contumeliosis ab eo qui Deo maledicit; 3
& vel adimit Deo, quæ ipsius naturæ, majestatis que conveniunt vel tribuit ei-

dem quæ ab ipso sunt aliena: ut latiùs demonstrat Julius Clarus *libr 5. sentent. §. blasphemia* & Constitutio criminalis Caroli V. *artic. 106.* ubi etiam Dn. Remus *in paraphrasi & notis marginalibus.* Item blasphemiæ quoque species est, jurare per capillum & caput Dei *d. Novell 77. & can. 10. si quis per capillum. causa 22. q. 1.* Similiter blasphemia est maledicere sanctis: verbi gratia virgini Mariæ Dei paræ, & *c. d. constit. crimin. Carol. V.*

4 Porrò † blasphemos supplicio dignos esse, probat Imperator *in d. Novell.* argumento à minore ad majus, hoc modo: Blasphemiæ & contumeliæ sive maledicta in homines effusa, non manent impunita: Ergo multò magis pœnam merentur ea quæ effutiuntur vel evomuntur in Deum ipsum: quem hac ratione blasphemi ad iram provocant, non solùm contra se ipsos, sed etiam contra totas gentes & civitates. Propter talia enim crimina, si non vindicentur à Magistratu, auferente malum de medio sui, publicæ calamitates generi humano immittuntur à Deo: ut fames, pestilentiæ, terræ motus: quibus fit ut homines pariter cum civitatibus & regionibus intereant ac devastentur. Nam, ut Hesiodus quoque agnovit, experientiâ edoctus; *sæpè mali malefacta viri luit urbs quoque tota.*

5 Pœna † autem blasphemis, qui etiam post admonitionem *per d. Novell. 77.* ab Imperatore sibi factam & insinuatam, adhuc in tali scelere perseverant, ultimum supplicium irrogari jubetur: ut rectè interpretatur Accursius ex *l. 21. ultimum supplicium. D. de pœnis.* 6 Nec † verò ipsis tantùm reis pœnam mortis Imp. comminatur, sed etiam magistratui, verbi gratia præfecto urbi, qui reos deprehensos dimiserit impunitos, & divinum judicium, & indignationem Cæsaream interminatur. 7 Ubi observandum, † quòd magistratus quoque si non puniat delicta & crimina convenientibus pœnis, ipse quoque se reum constituat. Communicat enim alienis delictis, eaque approbare videtur, & plures invitare ad delinquendum, concessâ impunitate; quæ, ut Cicero quoque ait, maxima est peccandi illecebra.

8 Notandum † est autem quod Imperator noster *in d. Novellâ* non tantùm legislatorem agit: sed etiam concionatoris & sacerdotis alicujus officio fungitur. Admonet enim reos, qui anteà fortè talibus criminibus obnoxii vixerant, ut maturè desistant, atque ita spatium pœnitentiæ, facultatemque redeundi ad bonam frugem ipsis concedit: idq;, ut ait, exemplo Dei, qui, ut est apud Ezechielem *cap. 8 & 33.* non vult mortem peccatoris, sed ut convertatur & vivat. Alioquin tamen Jure Civili constitutum est, ut nemo pœnitentiâ sui nocens esse desinat. *l. 5. non prodest. D. ut bon. rap. l. 65. qui eâ mente. D. de furt. & l. 17. quid sit fugitivus. §. 1. in fin. D. de ædilit. edict.* Præterea in eâdem Novellâ Imperator diligenter inculcat suis subditis timorem Dei, quem in corde perpetuò habeant, secumque circumferant. Nam ubi hic custos omnis officii adest, ibi omnia rectè aguntur; & *Oderunt peccare boni virtutis amore*, ut versu utar Horati; contrà verò hoc custode remoto, tantùm *oderunt peccare mali formidine pœnæ*: & à peccando tàm diu abstinent, (si tamen vel sic abstinent) dum supra caput, ut sic loquar, adstiterit ipsis carnifex: quamprimùm autem sese latere, & legum ac magistratus animad-

animadversionem externam effugere posse sperant, statim in omne flagitium pronti feruntur. Similem concionatorem egit Imperator etiam in altera *Novella* 141. de qua *infrà sub alio capite*. Sic & Charondas & Zaleucus in suis nomothesiis, homines in officio continere studuerunt, non tàm comminatione pœnarum, quàm instillando civium suorum animis, timorem divini numinis, & respectu futuri judicii.

Quæ † autem olim fuerit pœna blasphemorum in populo Dei, petendum 9
est ex Levitico *cap* 24. quam pœnam urgent etiam Judæi adversus Christum in historiâ Passionis. Quæ pœnæ Jure Pontificio blasphemis constitutæ sunt, videatur apud Gregorium IX. *in cap. ult. Extra. de maledictis*. Et denique moribus nostris, quænam hodiè frequentetur pœna, petendum est ex constit. Carolinâ *artic.* 106.

Quæ præterea ex *Novella* 77. notatu digna sunt, infrà admonebimus *alio capite* cùm de Novella 141. agetur.

CAP. III.

De Mala Reipublicæ Administratione.

Ad Novellam 8.

HÆc Novellâ tantùm lectione eget, non interpretatione: præsertim cùm de ea nonnihil dixerim suprà, *parte secundâ*, ubi de officio magistratuum & præsidum.

CAP. IV.

De Concussione.

Ad eandem Novellam 8.

SUMMARIUM.

1 *Concussio quid sit.*
2 *De concussione militum, ex Tertulliano, & S. Luca.*
3 *Pœnâ concussionis, remissivè.*

COncussionis † crimen est, cùm quis obtentu potestatis hominibus 1.1
terrorem incutit, ut per vim aliquid ab ipsis extorqueat. Huc pertinet tit. *D de concussione* ad quem videatur Wesembecius *in parat.* Sic † concussiones militum legimus apud Tertullianum Johannes Bap- 2
tista quoque venientibus ad se militibus Baptismi Candidatis, id est cum peterent baptismum, inter alia hoc præceptum dedit *Luc.* 3. *v.* 14. *Neminem concutiatis, &c.* De † pœnâ hujus criminis vi- 3
deatur Wesenbecius *d. loco.*

CAP. V.

De Adulterio.

Ad Nov.117.c.ult.& Nov.134.c.10. & 12.& ad Authent. sed novo jure.& Auth.si quis ei quem.C.ad L.Iul.de Adult.

SUMMARIA.

1 *Propositio.*
2 *Nov.117.cap.ult. marito potestas conceditur, occidendi eum, tanquam alterum præsumptum, qui post trinam denunciationem a sua conjugis colloquio & consuetudine non abstinet*
3 *Limitatio huius novi iuris, ex loco.*
4 *Quid si in ecclesiâ vel alio loco venerabili iste adulter præsumptus deprehendatur.*
5 *A Loci circumstantiâ sæpè augetur crimen.*
6 *Ecclesia ad id destinata est ut ibi a Deo veniã exoremus delictorum: non, ut nova ibi crimina contrahamus.*
7 *Ecclesia, locique alterius venerabilis privilegio gaudere non debet, qui religionem eius polluit scelere.*
8 *Asperitas Nov 117.c.ult in Germaniâ non observatur: sed marito querelam ad magistratum deferre licet.*
9 *Maritus olim non poterat uxorem simul& retinere in matrimonio & accusare de adulterio hodiè potest per Nov 117.c.8. & Auth. Sed novo iure.C. ad L. Iul de adult.*
10 *Maritus in probatione adulterii succumbēs, eas pœnas sustinet, quæ mulieri sustinendæ fuissent.*
11 *Novella Imp. Maiorani, de occidendo per maritum adultero præsumpto.*
12 *De Nov.134 c.10.*
13 *Pœna adulterii, in maribus.*
14 *Pœna adulterii, in fœminis.*
15 *Ratio: cur levius puniatur adultera quam adulter.*
16 *Ratio: cur adultera in monasterium detrudenda sit: & an satu idonea?*
17 *Quid si maritus adulteram voluerit in gratiam recipere, & in matrimonio retinere.*
18 *Quid de adultera in monasterium detrusa bonis fiat?*
19. 20 *De pœna eorum qui mediatores sive ministri fuerunt adulterii.*
21 *Quid si adulter & adultera, pœnis legitimis elapsi, nuptias inter se contrahant?*
22 *Variarum gentium mores circa pœnam adulterii.*

---

1 QUm † longè plurima sint capita, quæ de adulterio tractari possunt, de illis jubebo consuli Barnabam Brissonium *in libro sing. quem fecit ad L. Iuliam de adulteriis*: inter quæ capita illud non est postremum, de potestate occidendi adulterum in filiâ vel uxore deprehensum. Hoc lobo tantùm pauca de iis dicam, quæ in Novellis super eâ re sanciuntur. Igitur
2 † *in Nov.117.c.ult.* Imperator marito concedit potestatem occidendi adulterum etiam non deprehensum ἐπαυτοφώρῳ, si quis cùm suspectus esset de impudicâ consuetudine cum alienâ nuptâ, sive de adulterio, admonitus (per maritum) trinâ denunciatione, ut à colloquio & consuetudine alienæ conjugis abstineret, non paruerit illis denunciationibus. Talis enim pro adultero habetur: (licet non fuerit deprehensus in adulterio,) quod *adulterium præsumptum præsumptione juris*, vocant Bartolus aliique Dd. Faciunt enim aliam præsumptionem hominis, aliam legis sive juris: & huic vim longè majorem tribuunt, quam illi. Est autem hoc jus valdè novum in utroque, ut scilicet pro vero adulterio habeatur, qui tamen non sit deprehensus in adulterio, neq; convictus. (cùm aliàs receptum

Digitized by Google

receptum sit, ut nemo ex suspicionibus aut præsumptione damnetur: ut annotat Accursius *ad Authenticum, ut liceat matri & aviæ. c. ult. in verbo, punire*) & ut privatâ autoritate possit quis occidi, non à patre, cui licebat etiam ante Novellas occidere filiam, sed à marito, cujus calorem & impetum lex Julia olim refrenandum duxit: ut præclarè Papinianus *in l. nec in ea. 22. §. ult. D. ad l. Iuliam. de adulter.* ubi rationem differentiæ exponit inter maritum & patrem. Sed † circa cædem adulteri præsumpti, hæc notanda est limitatio: non quovis loco permissum esse marito, ut possit suis manibus adulterum occidere: Sed tantùm in his quatuor: vel domi suæ, vel domi uxoris, vel in popinis, vel in suburbanis. Quod si aliis fortè in locis maritus deprehenderit eum, cui ter antè denunciaverat testatò, ut à colloquio & consuetudine uxoris suæ abstineret, non habet eandem potestatem occidendi eum, qui non abstinuit: sed tantùm debet eum tradere judici competenti, qui rerum capitalium cognitioni præest Quid † si quis in ecclesiâ vel simili loco venerabili, ut monasterio, &c. deprehensus fuerit post tres denunciationes, colloqui cum alienâ uxore, cuius marito suspectus est de adulterio? Resp hîc præsumptus adulter non debet jure asyli gaudere, sed ab ecclesiâ extrahendus est, & cum ipsâ uxore alienâ tradendus defensori ecclesiæ, vel clericis: ut ambæ personæ separatim custodiantur, & posteà jussu episcopi mittantur ad judicem secularem seu criminalem: à quo velut adulter puniatur ille, qui tres denunciationes sprevit. De his omnibus videatur etiam *Auth. si quis e. quem suspectum. C. ad L. Iuliam. de adulter* post *l. 30 quamvis.* posita. Est autem valdè notandus hic locus propter multa singularia: quorum † primum est: quòd sæpè augetur crimen à circumstantia loci. † Secundò Ecclesia ad id destinata est, ut ibi à Deo veniam exoremus delictorum: non autem ut nova ibi crimina contrahamus. Huc pertinet illud Christi oraculum, ex prophetâ repetitum: *Domus mea domus orationis vocabitur omnibus gentibus: vos autem speluncam latronum efficistis.* Videatur etiam ad eandem rem præclarus locus apud Salvianum Massilienſem *de gubernatione Dei.* Tertiò: † Non debet ille gaudere immunitate vel privilegio Ecclesiæ, aut alterius loci venerabilis, qui religionem eius polluit scelere. quò facit *l. auxilium. 37. D. de minor.* cum aliis legibus, hîc per Accursium allegatis, *in gl. verbi, Despexerunt.*

Si † quis quærat de moribus nostris, quod ad ternam illam denunciationem & jus occidendi privatâ autoritate eum, qui illam spreverit: dicam huius Novellæ asperitatem in Germaniâ quidem non observari: veruntamen alia esse remedia quibus possit uti maritus tali casu, ad conservandam thori maritalis castitatem, querelà ad magistratum hac de re perlata, &c. Cujacius † hoc quoque notat, ut valdè novum, quòd maritus ex jure novissimo, possit adulterii accusare uxorem, etiam constante matrimonio: quod latiùs exponit idem *libro de diversis temporum præscriptionibus & terminis. cap. 13.* Olim non poterat maritus uxorem simul & retinere in matrimonio, & accusare de adulterio. Abrogatur itaque per *d. Nov. 117. c. 8.* lex 11. *crimen. C. ad L. Iul. de adulter. cum multis similibus:* cui *legi undecimæ* rectè propterea subjecit Irnerius *Authenticam, Sed novo jure. d. tit.* Ex † qua & hoc præterea observandum; si maritus in proba-

Digitized by Google

tione adulterii succubuerit, debere ipsum eas sustinere pœnas, quibus obnoxia fuisset mulier accusatione probatâ, sive adulterii convicta. Sic alibi quoq;
11 in jure nostro calumniatorem tenet similitudo supplicii ex quadam quasi talionis lege. Laudat † quoq; Cujacius Novellam quandam Imperatoris Majoriani, quæ idem jus obtinuerit de occidendo per maritum adultero præsumpto, quod ait etiam jure vetustissimo obtinuisse. Et tantum de *Nov.* 117. quantum quidem ea pertinet ad hoc argumentum de adulterio.

12 Sequitur † *Nov. 134. cap. 10. si quando*: ubi Imperator de pœnis adulterii quædam statuit, primùm in maribus, deindè in fœminis, tertio in administris seu mediatoribus hujus flagitii, qui propriè *lenones* & *lenæ* appellantur: Germanis
13 Kupler / oder Hurenwirth. Ad † mares quod attinet in illis confirmat Justinianus pœnam à Constantino, ut ait, sancitam: quæ est capitalis, sive pœna gladii. *l. 30. quamvis. § sancimus. C. ad L. Iuliam de adulter.* Sed tribuit Constantino, quod introductum erat à Constantio & Constante eius filiis, *in l. 4. C. Theod. quorum appellationes non recipiantur.* in qua lege adulteri, gravissimo vocabulo appellantur *Sacrilegi nuptiarum*, & jubentur puniri tanquam manifesti parricidæ, quorum pœna erat, ut vivi ac videntes insuerentur Culleo, & in mare vel flumen abiicerentur: vel etiam jubentur ignibus exuri. Sed hanc pœnam Justinianus convertit in pœnam gladii, in *d. § sancimus*, quem §. ipse potiùs de suo assuit constitutioni Imperatoris Constantini: ut docui etiam *ad Institut. lib. 4. tit. ult.* Videatur etiam Cujacius *ad Novellam nostram pag. 390.* Præter capitale supplicium, vir qui adulterium commiserit, si uxorem habuerit dotatam, amittit dotem (quam alioqui lucrari potuisset morte uxoris, ex pacto vel statuto loci) & donationem propter nuptias (quæ est quasi contra dos) quæ alioquin ipsius propria mansisset. Amittit quoque idem portionem, quæ alioquin ex jure Justiniani ipsi debebatur, de qua est *in Authent. præterea. C. unde vir & uxor.* & in Novellis, unde illa est decerpta, nempe *Novell. 53. & 117. & l. ult. C. de repud.* Hic notandum, quod in Græco textu affirmativa sit lectio, sed apud veterem interpretem negativa: *Si dotalia instrumenta non subsecuta sunt.* Quod ad reliquam adulteri substantiam attinet, præter dotem & donationem propter nuptias, eam Imperator servari vult integram successioni liberorum & parentum ipsius ad tertium usque gradum. Sin autem vel nullos habeat liberos parentésve, vel remotiores ultra tertium gradum, habeat: tum verò bona fisco vult & jubet applicari. Hæc de pœna adulterii in maribus, quæ partim corpori ac vitæ adulteri, partim bonis eius infertur.

14 Ad † fœminas quod attinet, hæ minùs quàm mares puniuntur. Mulier enim adultera jure novissimo non plectitur capite, sed in monasterium mittitur: ubi tamen priùs fuerit convenientibus pœnis subiecta, id est, verberibus castigata. Vetus interpres vertit: *competentibus vulneribus subactam*: quod videtur intellexisse de vibicibus, quas reliquerunt in tergo adulteræ verbera fustium seu virgarum. Sed in Græco textu nihil est de vulneribus, sed tantùm de convenientibus pœnis. Ratio †
15 differentiæ, cur legislator noster putârit leviùs agendum cum fœmina, quàm cum mare, est infirmitas & fragilitas sexus: per quam fit, ut

facilius

faciliùs in adulterii crimen mulier quàm vir prolabatur. Est enim mulier mala merx, quæ citò corrumpitur. simplicitas quoque digna favore visa fuit. Cur † autem in monasterium mulier detrudi jubeatur; ratio est, spes emendatio- 16
nis. Videtur enim mulier pœnitentiam ibi actura, & ex consuetudine cum virginibus Deo dicatis, & ex jejuniis ac precibus, & humi cubationibus, aliisque pietatis exercitiis, quæ in monasteriis frequentantur, luxuriam carnis perdomitura atque ad meliorem frugem reversura. Tametsi ne quid dissimulem ille quoque metus, hîc subesse videatur; ne consuetudine fœminæ adulteræ corrumpantur etiam animi probatum & pudicarum. Multò namque major vis & efficacia inest malis exemplis ad corrumpendos mores bonos: (ut habet etiam versus Menandri *apud Paulum ad Corinthios*) quàm bonis moribus ins ad emendandos pravos. Nisi fortè dicamus hoc periculum averti posse ea ratione, si adultera seorsim in aliquâ cellâ includatur, atque à congressu & sermonibus aliarum tàm diu arceatur, donec sat multa seriæ emendationis dederit documenta. Quid † si maritus adulteram voluerit in gratiam recipere, & in 17
matrimonio retinere? Respond. Intra biennium hoc ei permissum est facere, ut possit condonato adulterio uxori cohabitare: ita ut non lædantur per id jura matrimonii: nec crimen lenocinii per retentionem, vel receptionem maritus incurrat, (sicut olim Jure Pandectarum & Codicis) post biennium verò si vel noluerit maritus eam recipere, vel non potuerit, puta quia interim fit mortuus: mulier adultera non amplius liberabitur monasterio, neque ad vitam secularem redire poterit, sed tonsa & moniali habitu suscepto, cogetur ibidem remanere usque ad mortem. Quid † autem fiet, inquies, de ipsius 18
bonis? Respond. Aut heredes habet descendentes sive liberos: & hi duas uncias bonorum ejus accipient: tertia pars monasterio cedet: Aut adultera solos habet ascendentes, sive parentes: & hi quatuor uncias bonorum eius capient & inter se dividunt, secundum leges: reliquas octo uncias, id est, bessem monasterium accipiet, in quod mulier talis includitur. Aut denique nullos vel descendentes vel ascendentes habet adultera: & hoc casu monasterium omnem ipsius substantiam occupabit. Quod diximus de eo casu, quo nulli sunt parentes adulteræ: idem intelligendum, si extent quidem, sed adjuverint filiam, vel neptem suam ad perpetrandum tale flagitium. Tunc enim hac pœnâ afficiuntur, ut jus successionis amittant. Sed † hoc ad tertium caput 19
pertinet, id est, ad pœnam eorum, qui mediatores seu ministri flagitii fuerunt: de quibus Imperator constituit, ut easdem pœnas sustineant cum ipsis adulteris.

De † ministris sive internuntiis adulterii, eorumque pœnâ habemus etiam 20
in l. ult. C. ad L. Iul. de adulter. quam restituit Dn. Cujacius ex Basilicis Pœna hæc est, ut verberati & tonsi ignominiæ causâ, in perpetuum relegentur.

Quid † si fortè adulter & adultera pœnam capitalem evaserint, sive per 21
gratiam judicis, sive quoquo modo, & posteà inter se nuptias contraxerint? Respondeo: Hi quoque gravissimè coërcentur, nec legitima est talis conjunctio *d. Nov. 134. c. 12. Si quis vero accusatus, &c.* Et meritò. Quid enim hi aliud, quàm

quòd

quòd adulterium confitentur? Idque etiam comprehensum fuit lege Julia: *l. 11. miles. §. 11. licet. D. ad L. Iul. de adult. l. commissum, 27. C. eod. tit.* Quod etiam Martialis quibusdam epigrammatibus exagitat, relatis à Cujacio *ad d. Nov. 134. p. 391.* Huc pertinet *totus tit. lib. 4. Decretal. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium*; ubi videatur Cujacius *in Recitationibus.* Et respondimus etiam aliquando, super tali casu in Collegio facultatis nostræ.

22 Atque hæc de pœnis adulterii ex jure novissimo Justiniani: cum † quibus utiliter conferentur leges ac mores aliorum populorum, qui circa hanc rem mirificè variârunt: ut prolixè videre licet apud Jodoc. Damhouderium *in praxi rerum criminalium. c. 89. num. 53. cum plurimis sequentibus*: & Petr. Gregorius Tholosanus *in syntagm. juris universi, lib. 36. cap. 6. num. 21. cum multis seqq.* Addi etiam potest Georgius Remus *in paraphrasi Latinâ constitut. criminal. cap. vel artic. 120. & in notis ibidem.* Legimus quoque adulteris verberatis & tonsis aliquando præcisas esse nares, ut in *d. l. ult. C. ad L. Iul. de adulter.* Observavi aliquando, aliam partem corporis, quæ honestè nominari non potest, & qua peccatum fuit, præcisam esse adultero. Nam apud Petrum de vineis *lib. 5. epistolâ 5.* mandat Imp. Fridericus II. justiciario cuidam (id est, præfecto rerum criminalium) ut vilicum, qui domini sui & uxorem & pedissequam corruperat, puniat mutilatione vasorum seminariorum. Unde tamen non rectè quis inferat, fuisse tunc temporis (sub Friderico II.) hanc ordinariam pœnam adulterii: sed rescriptum illud Imperatoris continet privilegium quoddam & gravioris pœnæ irrogationem: quam verisimile est Imperatorem exasperare voluisse huic vilico propter circumstantias: quia videlicet non tantùm erat vilicus domini, cujus uxorem adulterio, & pedissequam stupro polluerat: sed etiam ejusdem erat depositarius, & quasi custos pudicitiæ ipsarum datus.

CAP. VI.

De injusto repudio.

Ad Novell. 134. cap. 11.

SUMMARIA.

1 *Repudium vel divortium non ex justâ causâ factum, vicinum adulterio crimen est.*
2 *Pœna repudii vel divortii injusti.*
3 *Quid si conjuges illi qui sine justâ causâ matrimonium semel diremerunt, mutato postea consilio iterum matrimonio conjungi velint?*
4 *Quid si tantùm alter conjugum velit?*
5 *Quid si magistratus ad hujusmodi crimina connivcat?*
6 *Quanam hic Episcoporum pars sit.*

1 DE causis justi repudii suprà egimus *parte quartâ expositionis nostræ methodicæ*: quas hîc nihil necesse est repetere. Illud † tantùm admonendum, crimen esse vicinum adulterio, repudium sive divortium ex injustâ sive nullâ causâ commissum factúm ve: quod vel inde satis apparet, quia Imperator in eâdem *Novellâ 134.* inter ipsam adulterii tractationem

nem de eo quoque agit. Sancit † enim ut qui matrimonium sine legitimis 2
causis dissolvere præsumpserit, sive vir sit, sive mulier, in monasterium coniiciatur, ibique detineatur per totum vitæ tempus: ita quidem, ut si descendentes sive liberi extent ex eodem vel alio matrimonio, ipsis facultates Rei relinquantur, secundum legum de successionibus latarum ordinem: & ut quatuor unciæ bonorum assignentur monasterio, in quod reus reáve coniicitur: & ut pater ne usumfructum quidem retineat eius portionis, quæ liberis tribuitur. Quod si nulli extent liberi, sed tantùm ascendentes sive parentes, eius, qui, quæve injustum divortium fecit, his tertia pars substantiæ cedat; (si tamen non consenserint in illud injustum divortium: tunc enim nihil prorsus consequuntur. Reliquæ duæ partes monasterio tribuuntur, in quod reus reáve coniicitur. Quod si neque descendentes, neq; ascendentes, ulli supersint; aut si ascendentes seu parentes fortè consenserint, atque adjuverint iniquum divortium: tùm verò tota delinquentis substantia monasterio cedit. Qui verò sese administros præbuerint iniqui repudii, seu divortii; aut injustos hujusmodi contractus composuerint; etiam corporalibus pœnis subjecti, in exilium mittuntur. Quid † si conjuges, qui nullâ justâ ex causâ matrimonium semel diremerint, mutato 3
posteà consilio, iterum matrimonio coniungi velint, priusquam in monasterium conjiciantur? Et hoc casu, Imperator ipsis licentiam concedit redeundi in matrimonium: ita quidem, ut propter divortium illud temporale nullas sustineant pœnas: sed & bona sua retineant: & alioquin ita sibi convivant, quasi nihil unquam deliquissent.

Quid † si alter conjugum velit matrimonium redintegrari post factum sine 4
causâ divortium, alterâ parte dissentiente & recusante? Hoc casu, illum solum tenebunt obnoxium pœnæ suprà dictæ, qui dissenserit ac recusarit: sive per quem steterit, quò minùs matrimonium redintegraretur: alter verò impunitus abibit. Et meritò quidem: quia ibi debet esse pœna, ubi reperitur delictum. *l. 22. sancimus. C. de pœnis. & l. 26. crimen. D. eod. tit. fac. l. 2. §. pen. D. de Decurionibus.*

Quid † si magistratus ad hujusmodi crimina conniveat, nec debitis pœnis 5
reos coërceat. Resp. Ne magistratus quidem impunè id feret: sed deportationi & bonorum publicationi sive confiscationi subiicietur. Illa † autem cura 6
ad Episcopos pertinet: ut personæ, quæ sic deliquerint in monasteria intrudantur, & ut portiones facultatum monasteriis competentes præbeantur.

Et tantum quidem de repudiis injustis. Sequitur de lenocinio.

CAP. VII.

De Lenocinio.

Ad Novell. 14.

SUMMARIA.

1 *Si non essent lenones, sæpè adulteria & stupra non committerentur.*
2 *Lenocinia, per L. Iuliam, & à Iustiniano cercita.*
3 *Summa constitutionis de lenociniis in Novell. 14.*

4 *Occasio promulgatæ d. N. 14.*
5 *Causa impulsiva.*
6 *Finis.*
7 *Quinam sint appellandi lenones: & cur meretrix vocetur mulier vulgaris?*
8 *Quanam sit differentia inter lenones & productores?*
9 *Scorta Legibus Romanis non vindicantur: & cur.*
10 *Vectigal ex prostibulis, & meretricibus perceptum.*
11 *Scortinus capiendi hereditates & legata ademptum per Imp. domitianum.*
12 *Meretrices, & lenones, ipso iure infames semper fuerunt.*
13 *Novella 14. cum 13. connexio seu continuatio.*

---

1 VIcinum adulterio & stupro, est crimen lenocinii. Sæpè † enim, si non essent lenones; neque adulteria, neque stupra committerentur: sicut sæpè non essent latrones, neque grassatores, aut certè diu latere non possent; si nulli essent receptatores: quod proinde pessimum genus vocat Martianus *in l. 1. in pr. D. de receptator.* & congruit sententia Pauli *lib. 5. tit. 3. sublatis susceptoribus, grassantium cupido conquiesceret.*

2 Meritò † igitur & Lex Julia coërcuit lenocinia. *l. 29. maritì lenocinium. D. ad L. Iul. de adulter. cum simil.* & Justinianus, summus tutor ac patronus castitatis: idemque lenonum osor acerrimus, è Republicà hæc exterminanda censuit. Atque huc pertinet tota *Novellâ 14* quam ait Imperator, se Deo oblatam consecrasse in odorem bonæ fragrantiæ.

3 Summa † & sanctio eius hæc est, quod prostibula & lenocinia omnia in universum tollit, sive ut paulò pleniùs exponam, prohibet, ne in orbe Romano ampliùs ulli sint lenones aut tolerentur: sed deprehensi extrema sustineant supplicia, & in exilium pellantur.

Quod si lenones aliquam cautionem seu syngraphan hoc nomine acceperint, vel fidejussionem, (videlicet de muliere aliquâ vel ad certum tempus, vel in perpetuum penes se & in illâ vitæ turpitudine retinendâ.) hæc ipso jure nulla sit, nulliusque momenti, nec ullam pariat obligationem. Præterea ut si quis alius fortè domi suæ lenocinium exerceri sciens patiatur, is mulctam decem librarum auri subeat, & insuper in discrimen veniat publicationis vel confiscationis domus suæ.

4 Occasio † præclaræ hujus & sanctæ constitutionis fuit: quod in abdito relatum est Imperatori de sceleratis fraudibus lenonum (quæ quidem fraudes etiam compertæ sunt nimis veræ à prætore plebis in inquisitione ab Imperatore ipsi demandatâ (circumire videlicet solitorum regiones & loca varia: & quasi oenaturam exercere miserarum puellarum: quas inescabant oblatis calceamentis, vestibus, & aliis eiusmodi munusculis ad corrumpendos animos comparatis: eâque ratione Constantinopolin pelliciebant, ut quasi victimas publicæ libidini prostitutas alerent: atque ab ipsis vissim alerentur: omni quæstu, quem corpore suo mulierculæ meruissent, ad ipsos lenones redeunte. Accipiebant quoque lenones eo nomine & syngraphas sive cautiones, & fidejussores: ut meretrices illæ cogerentur, quamdiu lenonibus collibuisset, in potestate ipsorum etiam invitæ remanere: ac ne quidem matrimonio honesto copulari possent sine lenonis consensu. Et quod erat omnium flagitiosissimum ne quidem à puellis de-

Digitized by Google

lis decennibus & adhuc immaturis nec viripotentibus abstinebant: quantumvis periculosissima illarum esset corruptio. In summâ, videbat Imperator lenones esse ολιθρίους καὶ κοινοὺς λυμεῶνας τῆς σωφροσύνης, ut ipse graviter & verè appellat: cum quo Elogio illud congruit, quod est apud Terentium, *pestis & pernicies communis adolescentium*. Esse, inquam, lenones, fures & latrones pudicitiæ: qui multò graviùs delinquant, quam qui pecunias furantur, aut per latrocinia hominibus eripiunt. Atque hæc de occasione hujus Novellæ.

Causa † impulsiva hujus sanctionis fuit in Imperatore summum studium 5
pudoris & castitatis: quod hac ipsa ratione subditis suis ad exemplum & imitationem, testatum facere voluit, ut ipsemet significat.

Finis † eiusdem: ut homines non solùm Constantinopoli, sed etiam per 6
totum imperium Romanum, castè ac pudicè viverent: & ut ipse Rempublicam à Deo sibi donatam ab omni labe integram, castamque conservaret; atque hoc castitatis & pudicitiæ studio, Deum invitaret ad dona sua & conservanda & augenda.

Ex his quæ dixi, facilè jam intelligitur, † qui nam sint appellandi lenones: 7
videlicet qui alunt scorta seu vulgares mulieres (ut ab Ulpiano appellatur metrix *in l. 13 si uxor. §. 2. sed & in ea. D. ad L. Iul. de adulter.* inde scilicet, quod passim venalem formam exhibens, vulgò se præbeat, meretricio more prostitutam: ut verbis utar Diocletiani & Maximiani, *in l. 22. si ea quæ stupro. C. eod. tit.*) ad hoc, ut quæstus, quem corpore suo faciunt, ad ipsos redeat (quæstum illum Imperator vocat πέρος, vel brevius, cum Cujacio: Lenones sunt, ad quos scortorum captura, (id est præda) redit. Græcè vocantur προαγωγοί, quasi dicas, *altores meretricum*. Differunt † autem à lenonibus *Productores*, qui Græcis sunt προαγω- 8
γεῖς. Hi enim illas mulieres etiam prostituunt, in quibus commissa stupra legibus vindicantur *l. 22. si ea quæ stupro. & l. 29. quæ adulterium. C. ad L. Iuliam de adulter.* Sed lenones scorta tantùm prostituunt in † quibus commissum 9
stuprum propter personarum vilitatem non vindicatur legibus: ut eruditè annotavit Cujacius *ad d. Nov. c. 4.* ex Asconio Pædiano: sicut etiam idem observavit, morem illum antiquum, quo solebent Romæ scorta palàm profiteri nomen suum apud ædiles. Satis enim pœnarum adversum impudicas credebant veteres, in ipsâ professione flagitii, ut loquitur gravissimus scriptor Cornel. Tacitus *lib. 2. Annal.* ubi de Fistelia. (sic etiam dicitur, furiosus satis punitur furore suo. *l. 14. ff. de officio præsid.*) Solebat † etiam ex prostibulis seu lustris vectigal 10
quoddam percipi, & in fiscum redigi *l. ult. C. de spectacul. & scenic. & lenonib. lib. 11.* quod *lustrale aurum*, item *lustralis præstatio*, vocabatur: ut annotat idem Cujacius ex Novellâ Theodosii, *de lenonibus*, editâ Parisiis à Petro Pythæo, anno 1571. id est, biennio post Cujacii expositionem Novellarum. Sic hodiè vectigal illud, quod Papa Romæ ex meretricibus percipit, *lustralis præstatio* dici potest, & Græcè πορνικὸν τέλος.

Est † & hoc notabile, quod Imperator Domitianus, olim ademerit scortis, 11
jus capiendi hereditates & legata. Sed hoc tamen jus in desuetudinem abiit.

12 Quamvis † & scorta & cum his lenones ipso jure infames semper fuerint: ut & Cujacius hic annotavit.

13 Postremò † observetur & ordinis ratio seu continuatio huius *Novellæ 14.* cum superiore. Quia enim *Novellâ 13.* tota erat de prætoribus plebis, sive præfectis vigilum: pars una officii eorum est cognitio de lenonibus, quæ per *hanc Novell. 14.* à Justiniano ipsis attributa est. Sed de ordine & continuatione Novellarum non est magnoperè laborandum: quia, ut monui *in prolegomenis*, nullus ferè est ordo, quo inter se cohæreant.

CAP. VIII.

De jurejurando mulierum scenicarum.

Ad Novell. 51.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Lenones à mulieribus initiò fideiussores, postea à iusiurandum exegerunt, de non redeundo ad bonam frugem.*
3 *Quid Iustinianus contra hoc iusiurandum constituerit.*
4 *Iusiurandum rei turpis vel illicitæ non servandum est.*
5 *An, & quanam pœna sit periurii, iure civili? remissivè.*
6 *Iusiurandum rei turpis vel illicitæ, est ipso iure nullum; nec indiget absolutione.*
7 *Absolutio à iureiurando olim impetrabatur ab Impp. hodiè à Pp.*
8 *Differentia inter N. 51. & N. 89. ac 117.*

1 HANC † Novellam rectè atque ordine subiicimus 14. Eius enim in
2 hac fit mentio, *statim in principio.* Nam † cùm vetuisset Imperator, ne lenonibus fidejussores darentur à mulieribus turpitudini addictis; de perseverando in vitâ impudicâ, ac nunquam revertendo ab bonam frugem & honestam conversationem: atque ut illi qui fortè dati essent fidejussores, nullatenùs obligarentur (generaliter enim novimus, turpes stipulationes, & quæ sunt contra bonos mores, nullius esse momenti. *l. 26. generaliter l. 61. ff. pulatio. & l. 123. si flagitii. D. verb. oblig. l. 4. C. de inutil. stipul.*) aliâ viâ rem aggressi sunt, lenones seu productores: & quidem viâ longè periculosiore. Nam pro fidejussoribus jusjurandum exegerunt à mulierculis, quarum pudicitiam quæstus causâ prostituebant, ac formam venalem habebant; ut, inquam, juratò promitterent, nunquam se ad bonam frugem redire velle. Ita nimirum fit, ut
3 inventâ lege, simul inveniatur fraus in legem. Sed † Imperator huic quoq; fraudi occurrens, tale jusjurandum jubet nullius esse momenti: & vult eam, quæ id præstiterit, posse ac debere sine metu perjurii ad honestatem vitæ se recipere. Exigenti autem jusjurandum improbum, irrogat vel indicit mulctam decem librarum auri, adjudicandam ipsi infelici mulieri ad honestam vitam
4 redire volenti. *Neque † enim*, inquit, *si quis jusjurandum ab aliquo acceperit, de cæde verbi gratia faciendâ, vel adulterio committendo, vel simili aliquo flagitio & scelere perpetrando, servandum est tale jusjurandum, turpe & absurdum, & in exi-*

tium

tium perducens. Huc pertinet celeberrima regula Juris Canonici: *Non est obligatorium contra bonos mores præstitum juramentum. cap. non est obligatorium. de reg. Iuris in 6.* ubi post Dynum videatur Peckius *in comment.* Videatur etiam *Auth. quod eis permittitur. C. de nupt.* quę desumpta est ex *hac Novella nostra.* Item, quod illicita juramenta servari non debeant, multis sanctorum patrum autoritatibus comprobatur à Gratiano, *causâ 22. quæst. 4. per tot.* verbi gratia Isidorus inquit *lib. 2. de synonymis: In malis promissis rescinde fidem: in turpi voto muta decretum: quod incautè vovisti, ne facias. Impia enim est promissio, quæ scelere adimpletur can. 5. in malis. d. causâ & quæst.* Item Ambrosius *lib. 3. officiorum. c. 12. unusquisq; nihil promittat inhonestum: aut si promiserit, tolerabilius est, promissum non facere, quàm facere quod turpe sit. can. 8. unusquisque d. causâ, & quæstione. Iuramẽtum enim non ob hoc fuisse institutum invenitur, ut esset vinculum iniquitatis vel matricidii vel fratricidii, seu cujuscunq; criminis:* ut est celebre dictum S. Augustini: relatum *in can. 22. Inter cætera. d. caus. & quæst.* Sic ab Ambrosio *lib. 1. officiorum cap. 50.* laudatur David, qui licet necem jurasset Nabali, tamen illud jusjurandum non impleverit, & quidem majore pietate, quàm si implevisset. *can. 3. quod David. & can. seq. eâdem causâ & quæst.* Contrà verò meritò vituperatur Herodes, quod in gratiam Herodiadis & filiæ eius, Johannẽ Baptistam decollari curavit; cùm jurasset nihil eius precibus se denegaturum, usque ad dimidium regni. Huc pertinet locus S. Isidori *lib. 4. epist. 96. præstat in iis quæ habent atrocitatem facinoris malè promissa benè rescindere, quàm malè implere, &c.* Sic illicitum est jusjurandum, proindeque non obligatorium, nec servandum; si quis sacramento se obligaverit, nunquam in gratiam rediturum cum adversario suo. *can. 11. qui sacramento. eadem quæst. & causâ.* sic, & si mulier juret adultero, se ipsi perpetuò adhæsuram *can. 21. mulier. d. causa & quæst.* Sic, si quis juret concubinæ, se nolle matri & fratribus necessaria ministrare. *d. can. 22. inter cætera.* Sic, etiam si in testamento scriptum fuerit jusjurandum contra vim legum & autoritatem Juris: nullius est momenti: ut est rescripto D. Severi & Antonini refert Martianus *in l. 112 si quis inquilinos, §. ult. D. de leg. 1.* sic neque sacramentum in eo admittitur, quod contra leges factum est. *l. 5. non dubium. in fine. C. de legibus.* Sic pactum à jure communi remotum, ne quidem jurejurando confirmatur. *l. 7. Iure gentium, §. 16. & generaliter. D. de pactis.* Poterit itaque mulier scenicam illam vitæ turpitudinem, in qua se perpetuò mansuram juravit, relinquere, & ad honestatem redire, sine ullo periurii metu. Nã si quod periurium est hîc commissum: ab eo potiùs peccatum est, qui jusjurandum tale exegit, quàm ab eo, qui juravit: & si quam pœnam meretur illud perjurium, hanc is potiùs, qui exegit, sustinere dignus est, quàm qui præstitit jusjurandum.

Hac † occasione quærit *hic* Accursius *in glossâ*; de pœnâ perjurii, an aliquâ 5
sit jure civili, & quænam. Qua de re videatur hic Glossa & post veteres interpretes Dn. Giphanius *ad l. 2. C. de reb. cred. & jurejurand.* item Jacob. Menochius *de arb. judic. quæst.*

Quæritur † etiam, an necessaria sit absolutio, à tali jurejurando? Et respon- 6
detur, Non esse necessarium petere veniam istius jurisjurandi: sed ipso jure id

Digitized by Google

nullius esse momenti, quamvis rescriptum speciale principis non accedat. Hic
7 † erudite observat Cujacius ex *l. ult. in pr. D. ad munic pal.* & ex *Suetonii Tiberio*: principes sive Imperatores olim consuevisse gratiam facere juris jurandi: sive ab Imperatore absolutionem à jurejurando peti & concedi debuisse. Postea verò Pontifices Romani sicut alia Imperatorum jura, ita hanc quoq; potestatem usurparunt, & absolutionem à se peti voluerunt.

8. Notanda † est hic differentia huius Novellæ 51. à Novellâ 89 & 117. Nam ex illis Novellis licet mulieri scenicæ nubere cui libet, etiam sine principali rescripto. Sed ex hac Novellâ tantùm remittitur ipsi jus jurandum inhonestum sine rescripto ac veniâ speciali: matrimonium verò ei non permittitur sine rescripto, ut nubere possit cuilibet etiam illustri & clarissimo. Nam cùm *l. 23 Imperialis, C. de nupt.* Imperator expressè requirat rescriptum, neque id retractet aut remittat per *hanc Novellam*, quare jus vetus manere non censeatur. *argum. l. præcipimus. 32 C. de appellation. cum similibus.* Erratigitur Accusius; dum putat, mulierem scenicam resipiscentem, posse etiam sine rescripto nubere ex *hac Novellâ* cui velit: quem errorem Cujacius rectè reprehendit. Neque enim valet consequentia: mulier scenica potest à turpitudine recedere sine metu perjurii, etiamsi non impetret à principe speciale rescriptum seu veniam & gratiam jurisjurandi: Ergo etiam potest nubere, cui vult, sine rescripto.

CAP. IX.

De Stupro & Sodomia.

Ad Novell. 77. & Novell. 141.

SUMMARIA.

1 *Stupri divisio.*
2 *Sodomia, vel crimen Sodomiticum.*
3 *Atrocitas Sodomiæ à Justiniano exaggerata.*
4 *Lenitas Justiniani in puniendis iis qui huic crimini tempore promulgatæ Novellæ erant obnoxii.*
5 *Justinianus in Nov. 141. concionatorem agit: & ad pœnitentiam invitat.*
6 *Perseverantibus in Sodomitico crimine pœnas acerbissimas minatur Justinianus.*
7 *Plura de Sodomiâ, remissivè.*
8 *Locus communis de scopo legislatoris, & boni principis officio ex princ. N 77. &c.*
9 VOTUM, non ORATIO, *Latinè reddi debuerit ibidem, Gratum sixè.*
10 SACRAMENTA *ibidem nihil aliud sunt, quàm juramenta.*
11 *Gnome in præfat. Nov. 141. quòd omnes homines perpetuo indigeant divinâ bonitate & clementiâ, aliis similibus illustrata.*
12 *A Sodomitico flagitio olim ne summi quidem principes temperârunt: exemplo Hadriani.*

1 STuprum, † id est, quælibet inordinata commixtio corporum, committitur vel in alterum sexum: vel in eundem & congenerem. In alterum sexum: ut in virginem, vel viduam, à mare. In eundem, sive cõgenerem sexum: ut à mare in marem, à muliere in mulierem. Videatur *l. 34. stuprum. D. ad L. Iul. de adult. l. 101. inter stuprũ in pr. D. de verb. signif.* & quæ tradi solent *ibidem*, sicut & *ad §. sic lex Iulia de adulteriis. Institut. de public. judic.*

2. Stuprum † autem in mares à maribus perpetratum (quod tale est scelus, quod

quod non proficit scire: ubi venus mutatur in alteram formam: ubi amor quæritur, nec videtur: ut ajunt Imperatores *in l. 31. cum vir. C. ad L. Iul. de adulter.* & tamen olim usitatissimum erat, apud Græcos præsertim, flagitium: ex quo etiam apud Ciceronem est, *more Græcia amare*: imò ne quidem pro flagitio habebatur & παιδεραστία vocabatur: adeoque pueris turpe habebatur, vel probro dabatur, si amatorem invenire non potuissent) hoc, inquam, stupri genus, Sodomiam appellamus, seu crimen sodomiticum, ex historiâ videlicet sacrâ, *Genes. 19* ad quã & Imperator respexit in utrâq; harũ Novellarũ, quas nunc explicamus.

Utrobique † atrocitatem hujus criminis multis verbis exagerat, vocans id 3
diabolicam & absurdam ἀσέλγειαν, sive *monstrosam libidinem* (unde & *Nov. 141.* inscribitur: περὶ ἀσελγαινόντων.) item vocans *furorem & insaniam*, & παράνοιαν ἀσεβῆ καὶ ἄνοιαν, *quam ne quidem bruta & bestiæ perpetrent*: unde etiam dici solet *peccatum contra naturam*: *unde ira Dei ita accendatur, ut urbes totas cum inhabitatoribus suis funditùs evertat: ut famem, pestem, bella, terræmotus, & similes calamitates publicas, generi humano immittat.* Sed, † quod magnoperè mirari liceat, quàm asper 4
est Imperator in verbis; tàm contrà lenis ac mitis est reipsâ, id est in pœnis irrogandis, saltem in eos, qui tempore promulgationis Novellæ huic crimini erãt obnoxii. Nam, † ut suprà quoq; *cap. 2.* monui *hac parte 12.* concionatorem po- 5
tiùs quendam agit & hortatorem ad pœnitentiam, quàm legislatorem & punitorem. Dat enim spatium reis hujus criminis, qui tunc temporis erant, ad pœnitendum: eosq; hortatur, ad confessionem Patriarchæ faciendam, ac veniam petendam intra certum spatium temporis, nempè ante Ferias, quæ tunc instabant: quæ videntur fuisse Paschales, quod conjicere licet ex eo: quia mẽse Martio promulgata est Nov. 141. in cuius mensis finem ferè incidit hoc festum Jure autem civili alioqui pœnitentiâ suâ nemo nocens esse desinit, nec pœnam effugit: ut suprà probavi aliquot legibus *dicto capite secundo.* Verum Imperator noster significat se hoc facere imitatione exempli divini: cùm & Deus ipse ad pœnitentiam homines invitet, nec quenquam perire velit, sed converti ac vivere, *Ezech. cap. 18 & cap. 33. & Epistolâ ad Rom. 2. v 4.* quem locum Pauli hac Novellâ verbotenus expressit. Cæterùm † si qui neglexerint occasionem illam veniæ 6
impetrandæ, & in isto scelere perrexerint, in quo jam semel, ut loquitur, computrescere cœperant: illis præcisâ omni spe veniæ, pœnas acerbissimas comminatur. Atq; hoc est quod de Justiniano testatur Cedrinus *in Annalibus*: eum tulisse νόμους σφ᾽ ἀρὰς κατὰ τῶν ἀσελγαινόντων, quem locum observavit eruditiss. Cujacius *ad d. Nov. 77.*

Plura † de Sodomia, (cujus etiam laudes nefario libro complexus est quidam 7
in Italiâ Episcopus) videantur apud Julium Clarum *lib. 5. sent. §. Sodomia.* Item, apud Jodocum Damhouderium *in praxi rerum criminalium cap 96* & Josephum Mascardum *de probationibus conclus. 1313. vol. 3.* & in constitutione criminali Caroli V. *artic. 116.* ubi Georg Remus *in Paraphrasi & Notis.*

Hæc sufficere possunt ad explicationem *Nov. 77. & 141.* ubi tamen prætereà pauca de iisdem, & maximè de priore admonuero.

Primũ † igitur observetur *initio d. N. 77.* Locus cõmunis, de scopo legislatoris 8
& boni

& boni principis officio: nempe, ut cives ac ſubditi honeſtam, bonam, beatamque agant vitam, & benevolentiam ſeu clementiam Dei ſibi concilient. Ita enim futurum eſt, ut omnia proſperè ſuccedant tàm publicè quàm privatim. Conferatur etiam *l. 23. Imperialis benevolentia. C. de nupt.* & inſigne dictum Ciceronis *in libris de Republicâ.*

9 Secundò † obſervetur *in eodem principio Novellæ 77.* quòd ἀχὴ, à veteri Interprete non rectè vertatur *oratio:* cùm potiùs ibi hoc vocabulo ſignificetur *votum & cupiditas.*

10 Tertiò, † apud eundem veterem Interpretem, cùm legimus, *Sacramenta de Deo iurant, &c.* poſſet quis non inſpecto fonte, exiſtimare Imperatorem loqui de abuſu & profanatione divini nominis per ea, quę in Eccleſiâ vocantur ſacramenta ſeu myſteria, ut ſunt propriè baptiſmus & Cœna Domini. Sed cum Imperator in Græco fonte ſcripſerit ὅρκους, idem ibi valet *ſacramenta*, quod *juramenta*. ſicut & alibi fæpiſſimè, ut in *l. 5. in fine. C. de legibus.* & *Auth. ſacramenta puberum, C. ſi adverſus vendit.* & paſſim alibi.

11 Quartò, † ad initialem ſententiam *Novellæ 141. quòd omnes homines perpetuò indigeant divinâ bonitate & clementia*; obſervanda eſt etiam Homeri ſententia ſimilis. Nam apud principem illum & parentem omnis virtutis ac ſapientiæ Neſtor liberis ſuis præcipit:

ἀρᾶσθαι, πάντες δὲ θεῶν χαλέπτ' ἄνθρωποι. id eſt,
Orandum eſt. Etenim divinâ ope homo indiget omnis.

Sic piè admodùm ſcribit Oppianus noſter ad Imperatorem Antoninum: *Sine ope divinâ hominem, ne quidem plantam pedis, aut oculorum palpebras attollere poſſe.*

12 Poſtremò † ad id quod ſuprà dixi, olim frequentiſſimam fuiſſe παιδερασίαν, addo, ne ſummos quidem principes ab hoc flagitio Sodomitico ſibi temperaſſe. Nam de Hadriano, qui alioqui laudatus fuit princeps, legimus apud probatiſſimos auctores, eum in deliciis habuiſſe puerum quendam Catamitum, cui nomen fuit Antinous. Hunc tanto in pretio habuit Imperator ut mortuum in Deos referri voluerit: & in honorem ipſius urbem in Ægypto conſtruxerit, quam de ipſius nomine appellavit *Antinoupolin*: ubi ſacra ipſi fieri juſſit, tanquam Deo. Extant etiam nummi, autoritate Imperatoris cuſi, in quibus expreſſa eſt ab alterâ parte imago hujus Antinoi, ab altera hirci: cujus numi effigies edita eſt à præſtantiſſo Iſaaco Caſaubono *in notis ad Spartianum.* Videatur de eodem Antinoo, & urbe in ipſius honorem conditâ, Origenes *lib. 3. & lib. 8. contra Celſum*, & Hieronymus *lib. 1. chronicorum Euſebii*, & ibi Joſephus Scaliger *in animadverſion. pag. 196. & ſeq.*

CAP.

Digitized by Google

CAP. X.

De inceſtu.

Ad Novellam 139.

SUMMARIUM.

1 *Inceſtarum nuptiarum pœna, remiſſa.*
2 *Inceſti diviſio.*
3 *Inceſtæ nuptiæ Tyriis & Syndiis permittuntur. Nov. 139.*

INceſtarum † nuptiarum quæ pœna ſit, dictum eſt ſuprà *parte quartâ ad Novellam 12.* ubi admonui, † Inceſtum aliud committi extra matrimonium, aliud in figurâ matrimonii. Item, aliud eſſe Inceſtum Jurisgentium, aliud Juris Civilis. *l. 38. ſi adulterium cum inceſto. §. 2. quare. & §. ſeq. & §. 7. inceſtum autem. C. ad L. Iuliam de adulter.* Eius † ergò pœnæ gratiam facit Imperator *hac Novella 139.* quibusdam, ut Tyriis & Syndianis Unde apud Cujacium hæc Novella inſcribitur: *Indulgentia nuptiarum inceſtarum.* Cùm igitur hæc Novella ſit topica & ſpecialis, non eſt, quod in eâ explicandâ diutiùs immoremur. 1 2 3

CAP. XI.

De Raptu mulieris.

Ad Novell. 143. & Novell. 150.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Pœna raptus, in l unic C. de raptu virg.*
3 *Declaratio d. L. un. C. de raptu virg. per Nov. 143. in caſu quo rapta raptori ſuo nupſerit.*
4 *Conſtitutio Nov. 143. etiam ad præterita trahitur.*
5 *Caſus quidam, quibus dominium ipſo iure, citra poſſeſſionis apprehenſionem transfertur.*
6 *Nov. 143 per Nov. 150. confirmatur.*
7 *Iure Canonico permittitur matrimonium inter raptorem & raptam, ſi hæc poſteà conſenſerit.*
8 *Raptor olim pœna causâ cogebatur ducere raptam adductam ſibi per lictorem.*
9 *Quid moribus noſtris obſervetur, remiſſivè.*
10 *Ex Nov. 143. & 150. Authentica aliqua ſumi. & legi unica. C. de rapt. virg ſubiici debuit.*
11 *Irnerius nullas authenticas ex Novellis excerpere, ac codici inſerere neglexit.*

RAptus † quoque crimen vicinum eſt adulterio: imò interdum cõjunctum habet adulterium; quando videlicet nupta alteri vel deſponſata rapitur. Huic † ergo crimini Imperator pœnam mortis, & amiſſionis bonorum, raptæ mulieri attribuendorum, propoſuit *in l. unic. C. de raptu virginum ſeu viduarum, necnon ſanctimonialium.* Et hanc quidem pœnam voluit habere locum non tantum adverſus ipſum raptorem, ſed etiam contra eos, qui opem & auxilium tulerint in ipſa invaſione & rapinâ. Pa- 1 2

rentes quoque mulieris raptæ, si consenserint, vel si dolorem & injuriam remiserint, non vindicantes scilicet crimen, quantum in se est, voluit deportari *d.l. unic. § 2. pœnas autem. C. de raptu. virg. &c.* Præterea raptæ interdixit connubio Imperator raptoris, ne ullomodo, ullóve tempore, raptum passa, raptori suo possit matrimonio copulari. *d.l. unic. § 1. versic. nec si facultas.*

3 Circa † eam igitur legem, quæsitum fuit: quid si rapta fortè nupserit raptori suo, contra legis interdictum, an nihilominùs hoc casu bona raptoris consequi debeat; vel tanquam præmium seu beneficium legis, vel ex testamento, vel alio modo? Hanc quæstionem decidit Imperator *in hac Novella.* Nam cum eiusdem sit legem interpretari, qui & condendæ eius potestatem habet, hoc est principis: ut *hic in pr. Nov. 143. & l. uli. C. de legibus. l. 2. §. hoc autem quod ab initio. 21. C. de vet. Iur. enucl.* Justinianus autoritatem suam interponens *prædictam l. unic.* sic interpretatur: ut velit, raptam nullo modo sibi posse vindicare bona, sive substantiam raptoris, cuius nuptias elegerit: præsertim parentibus non consentientibus: sed bona raptoris ipso jure pertinere & transferri ad parentes raptæ, qui in crimen non consenserint: idque statim à tempore raptus. Quod si parentes consenserint, vel non ampliùs sint superstites: bona tàm raptoris, quàm cæterorum criminis sociorum & participum, fisci juribus applicari jubet. Rationem addit: quia nefarios hujusmodi coitus, pœnis corrigi, non præmiis honorari convenit: quasi dicat, Indignus est auxilio legum & præmio, qui in leges ausus est committere. *arg. l. auxilium. 37. D. de minor. cum similibus.*

4 Huic † autem suæ constitutioni hoc singulare adiicit Imperator *in fine*: ut non solùm in futuris casibus valeat, sed etiam in præteritis qui scilicet inde usque à promulgatione. *d.l. unic. C. de rapt. virgin.* contigerat: cùm aliàs regulariter leges tantum futuris formam dent negotiis, ut est in *l. 7. C. de legibus.*

5 Est † & hoc singulare hîc probè notandum, quod dominia rerum aliquando ipso jure transferantur, etiamsi possessio earum nondum fuerit apprehensa. Quanquam enim dominium rerum ex naturali possessione cœpit: ut ex Nervâ filio refert Paulus *in l. 1. §. 1. D. de acquirend. possess.* unde etiam hodiè traditionibus transferuntur. *l. 20. traditionibus. C. de pactis. § per traditionem. Instit. de rer. divis. & acquirendo earum dominio.* Sunt tamen casus, in quibus etiam ipso jure, & vi atque imperio & autoritate legis, quæ rerum necessariarum domina est, atque arbitra, dominium transfertur rectâ viâ sine facto hominis, & sine apprehensione naturalis possessionis. Talis casus est in *hac Novellâ 143.* Talis est etiam in iis rebus, quæ legantur. *l. 64. à Titio. in fine. D. de furt. & l. 80. legatum. D. de leg. 2.* Item in *l. 11. in suis. D. de liber. & posthum.* Item in *l. cùm heredes. 23. D. de acquirend. possess.*

6 Dum † exposui Novellam 143 simul etiam satisfeci Novellæ 150. Eâ enim nihil novi continetur: sed tantum confirmantur illa ipsa, quæ priore Novellâ fuerant constituta. Atque hoc est, quod sæpè admonui, non omnes Novellas jus novum continere, sed in multis, jus quod anteà fuit, vel in Pandectis vel in Codice & Institutionibus, vel etiam in aliis Novellis, jam antè constitutum, repeti & confirmari.

Sed

Digitized by

Sed † hîc notanda eſt differentia Juris Civilis à Canonico. Iſto enim jure, matrimonium permittitur, inter raptorem, & eam quæ raptum paſſa fuit; ſi poſteà conſenſerit rapta: ut docui *in tractatu, De differentiis juris.* 7

Olim † quoque raptor pœnæ causâ ducebat raptam in uxorem: quæ quidem etiam per lictorem ipſi adducebatur: ut ex Quintiliano probat Cujacius *ad Nov. 143. pag. 400.* 8

Poſtremò, † de moribus noſtris quoad hunc articulum conſulenda eſt cõſtitutio criminalis Caroli V. (Peinliche Halßgerichts Ordnung) *artic. 118.* & ibi Georg. Remus *in paraphraſi & notis marginal.* ubi etiam allegat Jacob. Menochium *in arbitr. judic. quæſt.* Jul. Clarum *in §. raptus.* & Maſcardum *tom. 3. de probat. lit. R.* 9

Poſtremò † notandum ex hac Novellâ 143 & confirmatoriâ eius 150. potuiſſe, ac fortaſsè debuiſſe Irnerium ſumere aliquam Authenticam & ſubiicere *d. l. unic. C. de raptu virgin.* quippe quæ per Novellam declaretur. Sed † multa talia ſunt in Novellis ab ipſo prætermiſſa: quod & Weſenbecius animadvertit & admonuit rectiſſimè, *in Oeconomiâ Iuris.* 10 11

CAP. XII.

De Eunuchiſatione ſeu caſtratione, deque pœna talionis.

Ad Novellam 142.

SUMMARIA.

1 *Caſtratio olim frequens.*
2 *Eius cauſa, libido & avaritia.*
3 *Servi caſtrati pretioſi. arg. l. 27. §. 28. ff. ad L. Aquil.*
4 *Conſtitutiones, & Scita antiquiora adverſus crimen eunuchiſationis.*
5 *Conſtitutio Iuſtiniani de eâdem re, in Novell. 142.*
6 *Occaſio d. N. 142.*
7 *Pœna caſtrantium.*
8 *Pœna eius qui ſeſe caſtrandum præbet.*
9 *Servus a domino caſtratus, libertatem irrevocabilem conſequitur.*
10 *Quid ſi alienum ſervum caſtratum ſit; domino ſciente, an ignorante?*
11 *Caſtratio ob ſanitatem facta, extra pœnam eſt.*
12 *Præterquam quod ſervus eâ de causâ à domino caſtratus libertatem conſequitur.*
13 *Ratio diverſitatis.*
14 *Barbaros huic conſtitutioni ſtatim parueſſe, prædicat Iuſtinianus: & quinam illi ſint?*
15 *Locus Cyrilli adverſus caſtrationem & eunuchos, remiſsivè.*
16 *De eunuchorum gratiâ & potentiâ in aulis, remiſsivè.*
17 *De iis qui religionis causâ ſeipſos caſtrant.*
18 *Talionis pœna etiam in Lege divinâ, & XII. Tabb. conſtituta: ſed hodiè ſublata.*
19 *Nov. 142. corrigitur per N. 60. Leonis.*

CAſtratio † ſive exſectio virilitatis, quâ fiebant eunuchi, ſeu ſpadones, non minùs olim frequens erat, quàm ipſa μοιχεία, de quâ ſupra dixi *capite 10.* Exercebant † autem caſtrationem partim ad libidinem, partim ad avaritiam explendam. Pretia † enim ſervorum mirificè augebãtur, ſi ſpadones fuiſſent effecti, ſive ſemimares: ut apparet etiam ex *l. 27. ſi ſervus ſervum. §. 28. & ſi puerum quis caſtraverit & precioſiorem fecerit. ff.* 1 2 3

ad L. Aquil. ubi quæritur, an adversus castratorem alieni servi domino competat actio legis Aquiliæ: & negatur competere: quia servus per castrationem non fuit deterioratus, sed potiùs precio fior redditus. Itaque cessat actio Legis Aquiliæ de damno injuriâ dato: cùm hîc nullum versetur damnum. Interim tamen aliæ actiones domino servi dantur: ut actio injuriarum, item actio in quadruplum ex edicto Ædilitio.

4 Cùm † igitur adeò frequens fuerit hoc crimen, multi etiam ante Justinianũ principes, hoc crimen suis constitutionibus coërcuerunt: ut Domitianus, Nerva, Hadrianus, &c. De Domitiano testantur Poëtæ ipsius coætanei; Martialis & Statius Papinius. De Hadriano præter Historicos testimonium extat *in l. 4. §. 2. Idem Divus. & l. 5. D. ad L. Cornel. de sicar.* Fuerunt quoque Senatusconsulta quędam de eâdem re, circa legem Corneliam de sicariis facta: ut mentio fit cujusdã Senatusconsulti *in l. 6. D. ad L. Cornel. de sicariis.* Nec prætereundæ sunt silentio constitutiones Christianorum Imperatorum Constantini & Leonis: quorum ille *in l. 1. C. de Eunuchis,* constituit, ut capite puniretur, qui eunuchos in orbe Romano fecerit. Quæ pœna capitalis, cùm per Justinianum sit mutata in talionem, ut mox dicam, poterat optimo jure ac debebat Irnerius *d. l.* 1. aliquam subjungere Authenticam quâ hanc ipsam juris mutationem lectoribus indicaret. Imperator autem Leo *in l. 2. d. tit. C. de Eunuch.* distinguit inter homines Romanæ gentis & barbaros: nec non inter loca Imperio Romano subjecta & loca eidem non subjecta. Nam Romanæ gentis homines ubicunque locorum facti essent eunuchi, voluit esse extra commercium: pœnâ gravissimâ in eos constitutâ, qui illos emere, aut vendere ausi fuissent: deindè etiam in tabelliones seu notarios qui instrumentum contractus scripsissent: tum denique in eos, qui vectigal aliquod ex tali merce exegissent aut percepissent. Barbaros autem & quidem in solo Barbarico castratos, in commercio esse vel haberi permisit.

5 Eas † igitur prohibitiones de non faciendis spadonibus, Justinianus hac Novellâ renovavit: propositâ pœnâ talionis, cum publicatione bonorum. Oc-
6 casio † hujus Novellæ hæc est: quia relatum fuit Imperatori de maximo numero castratorum, qui exsectis testiculis mortui fuerint: adeò ut de nonaginta, vix tres salvi evaserint. Est autem regula: quod multis personis grassantibus, exacerbanda sint maleficiorum supplicia: quia exemplo sit opus; ut eleganter ait Claudius Saturninus *in l. 16. aut facta. §. ult. D. de pœnis.*

7 De † sanctione sive pœnâ eunuchisantium jam dictum est, eam esse talionẽ: id est, ut qui alium castravit, vel castari curavit, vel mandavit, ipse quoque castretur; & idem subeat vitæ periculum, in quod alterum conjecit: quod si evaserit, ut bona eius fisco vindicentur. Sed hæc pœna in maribus duntaxat locum habet. Quòd si mulier talis criminis rea sit, in eam pœna est publicationis bonorum, & exilii sive deportationis. Hîc recordor legisse me apud Johan Brodæum, virum doctissimum, *in Miscellaneis:* apud veteres aliquando etiam fœminas fuisse castratas. Eâdem quoque pœnâ publicationis bonorum & deportationis afficiuntur mandatores hujus criminis, & adjutores, qui domos suas præbue-

Digitized by Google

præbuerint castrationi, & quicunque fuerint conscii, sive mares sive fœminæ sint.

Quid † si volens & consentiens castratus fuerit, sive amiserit virilitatem? 8
Respondeo, de eo quidem nihil Imperator in hac Novellâ expressiit: sed ex aliis locis constat, quod nemo sponte se castrandum præbere debeat: & si quis sponte se præbuerit excidendum, quod capitale ei sit futurum: ut retulit Ulpianus ex rescripto D. Hadriani *in l. 4 in fine, D. ad L. Cornel. de sicariis.* Ratio dubitandi est: quia scienti & volenti non fit injuria, nequedolus: ut est in regulis juris. sed decidendi ratio est, quia nemo videtur esse dominus membrorum suorum. *l. 13. liber homo. D. ad L. Aquil.* sed unusquisque nascitur Reipublicæ. *l. 1. §. 15. & generaliter. D. de ventre in possess. mittendo.* Unde fit, ut nec perire volens audiendus sit *l. 1. §. ult. D. de quæstionibus.* Nec se ipsum quis impunè rebus humanis extrahere possit per *ἀυτοχειρίαν*: ut aliâs pluribus docui *in Oratione hac de re habitâ, & editâ Norimbergæ ante annos decem.*

Præterea † servi castrati libertate donantur per hanc Novellam: & ita quidem liberi esse jubẽtur: ut nullo unquam pacto in servitutem revocari possint: nec ullum super ipsis factum instrumentum seu publicum illud sit, seu privatum, valeat: item, ut nullæ super his factæ cognitiones de statu valeant: (Imperator Græcè vocat *ἀναχείσεις.*) sed facultas sit iis, qui in servitutem petuntur, provocandi ad Imperatorem, vel ad Patriarcham, vel præfectum, in provinciis verò ad Episcopum eius loci. 9 10

Distinguendum † est tamen inter alienum servum, & proprium, castratum: Nam de proprio tantum hoc, quod modo dixi, obtinet, ut scilicet is fiat liber: alienus verò servus domino suo restituendus est: quia sine ipsius facto non potuit dominium servi ab eo recedere. *arg. l. id quod nostrum. D. de regulis juris.* Competit autem domino in eum, qui castravit servum ipso ignorante, vel invito actio injuriarum, vel etiam in quadruplum ex edicto ædilitio. *d. l. 27. §. 28. D. ad L. Aquil.* Dixi, *si ignorante vel invito*: Nam aliud est, si Domino sciente & dissimulante vel consentiente: quia tunc servus confiscatur, ita ut deinceps servus fiat publicus sive fisci. *d. l. 1. C. de Eunuchis.* & Cujac. *ad hanc Novellam 142.*

Quid † si morbus in genitalia incumbens, sectionem seu castrationem postulaverit? Et hunc casum extra pœnam esse, jubet Imperator: tùm quia necessitas non habet legem: tùm quia hic abest dolus. Neque enim vel libidinis, vel avaritiæ causâ tunc fit exsectio virilitatis: sed potiùs sanitatis recuperandæ. Distinguit † tamen Imperator inter liberum hominem valetudinis causâ castratum, & inter servum: Liber homo manet in eodem statu, in quo erat ante sectionem: servus autem sit liber etiam hoc casu; ita quidem, ut nunquam possit retrahi in servitutem: Ratio † differentiæ est: quia liber homo, cum sui juris sit, in suâ potestate habet, hanc vel illam curandi rationem admittere: servus autem subest potestati herili, cui parere necesse habet. 11 12 13

In *fine Novellæ* † ita argumentatur Imperator, à minore ad majus: si barbari audito nostro præcepto de non faciendis eunuchis statim paruerunt. Ergò multò magis subjecti Imperio Romano parere debent nostræ constitutioni, nec 14

impunè ferent, si contra venerint. Quo loco barbaros intelligendos esse Abasgos, docet Cujacius ex Evagrio *lib. 4. cap. 22.*

Porrò ad hanc Novellam de spadonibus, seu eunuchis non faciendis, ista
15 quoque notari velim: † 1. insignem locum Beati Cyrilli, quo detestatur Eunuchisationem & improbos mores spadonum: quem locum transcripsit Suida
16 *in Lexico in verbo: εὐνοῦχοι.* Secundum † est Historicum: de Eunuchorum summâ & gratiâ & potentiâ in aulis veterum Imperatorum: cujus rei exem-
17 pla protuli *in notis ad Epistolas Isidori.* Postremò † addo quoque de illo genere eunuchorum, qui se ipsos castrant: quo scilicet aptiores fiant rebus divinis contemplandis & exercitiis pietatis: qualem fuisse accepimus etiam Origenem, qui cognomento *Adamantius* dictus est. videatur *cap. 19. Matthæi.* Hæc de Eunuchis.

18 Sed † non est omittendum, quod de pœnâ talionis seu repassionis suprà dictum est, quam Imperator constituit in castratores: eam pœnam & in L. Divinâ, & in 12. tabb. fuisse constitutam. De lege Divinâ, videantur *Exod. cap. 21. Lev. c. 24. Deut. c. 19. & Matth. c. 5.* item *Apocalyps. cap. 13.* Legis 12. tabb. meminit Gellius *lib. 20. cap. 1.* & Augustinus *lib. 21. de Civit. Dei. cap. 11.* Moribus tamen hæc pœna in desuetudinem abiit: ut ex Bartolo, Alberico de Rosate, Speculatore, & Felino, probat Pet. Gregorius Tholosanus *in syntagmate juris universi lib. 31. cap. 10. numer. 3.* Ad quod etiam omninò videndus est Ludovicus Fachsius Consul Lipsensis *consil. 2. & 3.* Item Theodorus Petreius *in conclusionibus criminalibus n. 31. in fine.* Itaque & calumniatores, seu falsi accusatores, tametsi Jure Civili teneantur ad similitudinem supplicii, si crimen intentatum probare non possint, ad quam etiam talionis pœnam se adstringunt ipsa subscriptione libelli accusatorii, ut constat ex aliquot legibus *tit. D. de accusationibus & inscriptionibus:* & ex epistolis Symmachi: tamen ea pœna talionis hodiè est sublata, ut aliquando etiam in Collegio nostro respondimus de gravissimâ causâ, qua calumniator quidam pastor accusaverat præfectum principis atrocium aliquot criminum, quæ tamen probare non poterat.

19 Hæc † Novella 142 est correcta per Novellam 60. Leonis, ut annotavit Cujacius. Sed, ut aliàs dixi, Novellæ Leonis non tantam habent vim in foro, quantam Justiniani, &c.

CAP. XIII.

De vi publicâ.

Ad Novell. 17. & 145.

SUMMARIA.

1 *In Nov. 17 quædam ad crimen vi publicæ pertinentia. καὶ ἄλλα ἱκανά.*

2 *De βιαυλίτῃ, in Novell. 145. remissive.*

Ex † hac

EX † hac Novella, quæ inſcribitur *de Mandatis principum & præſidibus*. quædam excerpi poſſunt ad crimen vis publicæ pertinentia: quæ non magnoperè indigent explicatione. Conferantur, quæ de vi publica tradita ſunt *ad inſtit. tit. de publicis judiciis.* 1

De † duce vis arcendæ, quæ uno verbo βιοκαλύλης appellatur à Græcis, agit Novella 145. de qua nonnihil dixi ſuprà *parte ſecundâ*, ubi de magiſtratibus. 2

CAP. XIV.

De expoſitione infantium.

Ad Novell. 153.

SUMMARIA.

1 *Expoſitio infantum recens natorum, non leve crimen eſt.*
2 *Olim frequentiſſimum.*
3 *Exaggeratum meritò à Juſtiniano in Nov. 153.*
4 *Conſideranda hoc loco.*
5 *Pœna exponentium, ex l. 2. C. de infant. expoſ. & Nov. 153.*
6 *Pœna matris exponentis, ex conſtitutione criminali Carolinâ.*
7 *Servus à ſuo domino expoſitus, ſit liber: libertus à ſuo patrono, liberatur jure patronatus.*
8 *Alienus ſervus reſtituendus eſt domino: dummodò in bona fide educatori ſumptus reſtituat.*
9 *Pars pœnæ expoſitionis eſt: quod dominus exponens dominium vernulæ ſive ſervuli ſui expoſiti amittit.*
10 *Liber homo expoſitus à ſit ſervus educatoris: ſed tamen de ſumptibus ei tenetur.*
11 *Occaſio promulgandæ Nov. 153.*

NON † leve quoque crimen eſt, expoſitio infantum recens natorum, ſive ſanguinolentorum, ut appellantur *in inſcriptione tit. C. de infant. expoſit. & in l. 2. C. de patribus qui fil. diſtrax.* Juvenalis vocat, *adhuc à matre rubentes.* Hoc † crimen olim frequentiſſimum erat: ut non ſolum ex Hiſtoricis & Comicis obſervare licet: verùm etiam ſatis apparet ex aliquot conſtitutionibus Imperatorum, *ſub d. tit. C. de infant. expoſit.* Nobiles quoque ſunt in hoc argumento Epiſtolæ Plinii & Trajani *lib. 10. Epiſt. 64. & 65.* Nec † immeritò multis verbis hoc facinus exaggerat Juſtinianus *in Novell. 153* dum appellat, *crimen à ſenſu humano alienum & quod ne à barbaris quidem ullis credibile ſit admitti:* quaſi dicat, omnem barbariæ immanitatem ſuperans: item ait in hoc facinore plura concurrere & contineri crimina, ut cædem, & ſycophantiam, & alia hujusmodi: quod committentes, judicat eſſe refertos omni immanitate & crudelitate, adeoque pejores ipſis vulgaribus homicidis. Alimenta denegare & abjicere eſt necare, teſte Paulo *in l. 4. D. de agnoſc. & alend. liber.* hoc autem facit, qui exponit infantes ſanguinolentos, quos quantum in ipſo eſt, relinquit ἀπροστάτους, id eſt, omni cura & præſidio deſtitutos. Sic enim expoſiti à Græcis appellantur: quod etiam admonet Dominus Cujacius. Cumque omnes cædes hominum ſint crudeles: tùm nullum violentæ mortis genus fingi poteſt crudelius, quàm fame necare: ut probavi exemplis & teſtimoniis *in commentariis ad Oppianum.* 1 2 3

Hoc

4 Hoc † loco de duobus potiſſimum videndum eſt: 1 quæ ſit pœna exponentis infantem. 2. quódnam ſit jus ſive quæ conditio ipſorum expoſititiorum. Imperator *in Epigraphe huius Novellæ*, vocat χαμαὶ ἐρριμμένα βρέφη, id eſt, humi inventos vel repertos.

5 Ad † pœnam exponentium quod attinet: ſignificant Imperatores Valentinianus, Valens & Gratianus *in l. 2. C. de infant. expoſit.* eos ſubjacere debere animadverſioni, quæ conſtituta ſit: nec tamen exprimunt, quæ, aut qualis ſit illa animadverſio. Sed Accurſius *in gl.* annotat eſſe pœnam extraordinariam vel arbitrariam per *l. nec filius pen. C. de patria poteſtate*, & per *l. 1. § pœna. D. de agroſc. & alend. liber.* Imperator autem *in hac Novellâ*, mulctam ipſis irrogat quinq; librarum auri, non ſolum ipſi exponenti: ſed etiam magiſtratui non vindicanti crimen, ſed conniventi. 6 Moribus † noſtris obſervatur diſcrimen, quod introduxit ſive confirmavit Carolus V. *in conſtit. criminal. artic. 132.* nempe aut infans à matre expoſitus, mortuus eſt: aut in vitâ remanſit. Priore caſu mater, quæ infantem ſuum expoſuit, capitali ſupplicio affici jubetur, quippe quæ ſua expoſitione cauſam mortis præbuit. Poſteriore caſu; jubentur conſuli collegia Jurisconſultorum, quæ pro ratione circumſtantiarum arbitrariam pœnam conſtituent. Videatur & Clariſs. Doctor Remus *ibid. in paraphraſi & annotationibus.* & Jacob Menoch *lib. 2. de arb. judic. caſu 396.*

7 Ad † jus & conditionem, ſive ſtatum expoſitorum, quod attinet: de eo conſtituit Imperator, ut ſervi, à dominis quidem expoſiti, fiant liberi ipſo jure, etiá ſine manumiſſione: idque ideò, ut habeant libertatem pro ſolatio quodam ſuæ calamitatis, quam perpeſſi ſunt. Idem eſt in liberto, quem expoſuit patronus; ut exeat & liberetur jure patronatus *l. 2. C. de infant. expoſit.* Nec repeti poſſint in 8 ſervitutem vel libertinitatem ſeu jus patronatus. Alienus † verò ſervus, ignorante domino expoſitus, repeti poteſt & conſtituendus eſt domino ſuo, qui ipſum ex commiſeratione quâdam collegit: ita tamen, ut cogatur dominus educatori bonæ fidei priùs reſtituere ſumptus in alimenta vel artificium expoſititii ab eo factos. Dixi, *educatori bonæ fidei* reſtituendos eſſe ſumptus: ut oſtendá, diverſum eſſe in furе ſervi expoſititii. Hic enim, utpote malæ fidei poſſeſſor, ſumptus non recuperat. *l. 1. C. de infant. expoſit.*

9 Poteſt † autem hoc quoque videri genus quoddam pœnæ, quod dominus, qui ipſe vernulam ſuum, vel ſervulum expoſuit, vel exponendum curavit, dominium eius amittit: ita ut non poſſit eum amplius, tanquam ſervum ſuum, vindicare aut repetere. *d. l. 2. & l. ult. C. de infant. expoſit.* & *hac Novellâ noſtrâ.* Declarat hoc Imperator exemplo ſervi ægrotantis, & à domino ſuo neglecti, ſive pro derelicto habiti, nullâ adhibitâ curatione debitâ. Nam is quoque ſervus poſteaquam ex morbo deſperato convaluit, ipſo jure fit liber: olim quidem effectus Latinus Junianus, ex conſtit. Claudii Imperatoris: Hodiè autem civis Romanus ex conſtit. Juſtiniani. Qua de re videantur hæ leges: *l. 2. D. qui ſine manum. ß. ad libert. perven. l. ult. C. de bonis liberter. & l. unic. § ſed ſcimus. C. de Latinâ libert. toll.* Si igitur hoc jus obſervatur in ſervo ægrotante, & à domino pro derelicto habito in morbo: quantò magis non debet permitti, ut in ſervitutem injuſtam

ſtam retrahatur is, qui in ipſo vitæ exordio & quaſi limine abjectus & aliorum miſericordiæ relictus eſt, quam non habuit is, qui abjecit? Hæc de ſervo expoſito.

Quid † autem dicet quispiam, ſi liber homo exponatur, cujus conditionis 10
aut ſtatus ille erit? Reſpondeo: manebit in eâ conditione, quâ natus eſt: nec poterit in ſervitutem redigi ab eo, qui ipſum collegit atque educavit. Non enim hic eſt modus acquirendi dominii, collectio & educatio liberi hominis in infantiâ expoſiti. Æquum tamen videtur, ut expoſititius ille gratus ſit erga educatorem ac nutritium ſuum, eique refundat ſumptus, poſteaquam adoleverit, quos in ipſum alendum atque inſtituendum fecerit: aut certè operas aliquas ad tempus ipſi præſtet, quibus illos ſumptus compenſet.

Nihil reſtare videtur ad expoſitionem hujus Novellæ; niſi ut paucis attingam † occaſionem eius promulgandæ. Hanc ſignificat Imperator ipſe, ſibi 11
præbitam fuiſſe per relationem factam ab Andreâ presbytero & apocriſiario Eccleſiæ Theſſalonicenſis. Hic enim Imperatori indicaverat, quàm multi in ipsâ Eccleſiâ reperti eſſent infantes recens nati: quos expoſitos crudeliter, ubi homines pietate ducti ſuſtuliſſent, educaſſentque, fortè etiam ſumptus feciſſent, non ſolùm in alimenta, verùm etiam in artificium aliquod ab illis addiſcendum: poſteà ſuperveniebant qui nimis callidè in ſervitutem repeterét eosdem, jam ab aliis educatos & inſtitutos: proferentes etiam ſui dominii aliquas probationes. Nam ſolebant infantes ferè exponi cum aliquibus crepundiis, quæ à Græcis dicuntur γνωρίσματα, ab agnitione videlicet: quòd indè olim adulti agnoſcerentur: ut apparet etiam ex Terentio, & aliis Comicis. His igitur fraudibus & ſycophantiis Imperator meritò obviandum cenſuit ſuâ hac conſtitutione: cum quâ conferri debet. *l. ult. C. de infant. expoſit.* quæ eſt eiusdem legislatoris.

CAP. XV.

De Extraordinario quodam crimine, ἀργίας, ſive otii ignavi.

Ad Novell. 80.

SUMMARIA.

1 *Ignavum otium legibus ac inſtitutis Athenienſium & Ægyptiorum quoque, vindicatum: & quomodo?*
2 *Quid Juſtinianus in Nov. 80. de eo conſtituerit.*
3 Bettelrichter *ſive*, Bettelvögt, *hodiè.*
4 *Remiſſio ad auctores alios.*

Sit † etiam in jure noſtro crimen quoddam extraordinarium Ignavi otii: ſicut apud Athenienſes erat hac ipſa de re actio, quæ appellabatur ἀργίας δίκη: quam videntur mutuati ipſorum legislatores Draco & Solon ex inſtitutis ac moribus Ægyptiorum: inter quos 12

Digitized by Google

Idem judicium ſanxerat rex Amaſis: teſte Herodoto *in fine Euterpes.* Ac ſolon quidem hominem otioſum ter deprehenſum, infamiâ notari voluit, teſte Julio Polluce *lib.8.Onomaſtici*: Draco autem etiam morte eos mulctabat: ut eſt apud Plutarchum *in vitâ Solonis.* Videatur *tit.C. de medicantibus validis*, & *Novell 80.*
2 ibique Cujacius. In † quâ Novellâ Imperator hoc negotii dat quæſtori à ſe creato: ut in urbe quærat & coërceat mendicos inertes, otioſos, peregrinos, er-
3 rones & vagos cujuscunque conditionis ſint. Tales † ſunt quibusdam locis, ubi tamen conſtituta eſt Respublica, qui hodiè vocãtur, Bettelrichter/oder
4 Bettelvögt. Plura † de hac re memorabilia legere licet apud Pet. Gregorium Tholoſanum *lib.39.ſyntagm.juris univerſi, c.6.* & apud Petr. Heigium. *lib. 2. quæſt .27.per tot.*

CAP. XVI.

Generalia quædam de criminibus & accuſationibus & foro competente.

Ad Nov.69.junctâ Authent. Quâ in provincia. C.ubi de criminibus agi oporteat.

SUMMARIA.

1 *Continuatio & ratio inſtituti.*
2 *De Nov.69 & Auth.Quâ in provinciâ. C.ubi de crim.ag oport.*
3 *An ea tantùm ad criminales, an verò etiam ad civiles cauſas pertineat?*

1 HUc usque † dictum eſt de ſpeciebus criminum, quæ in Novellis continentur. Sequitur juſtâ ordinis ratione, ut pauca attingamus cõmunia; ſive generalia. Eſt enim hoc Juriscon ſultis & Imperatoribus ferè perpetuum & familiare, ut pertractatis ſpecialibus, ſubiiciant generalia & communia, *arg.tit.C.& D.communia prædior.& tit.communia utriusque iudicii.* item, *communia de legat.& fideicommiſſ.* quod & clariſſimus Giphanius noſter admonuit *in œconomiâ librorum juris.*

2 Huc † igitur pertinet *Novella 69.* cujus ſummam retulit Irnerius *in d. Auth. quâ in provinciâ. C.ubi de crimin.b.&c.* Explicatio autem uberior petatur à Cujacio & à Dd. qui *ad d.authent.quâ in provinciâ* ſcripſerunt. Manifeſtum eſt, agi hîc de foro competente: maximè in cauſis criminalibus: qua de re nonnihil et-
3 iam attigi ſuprà *parte nonâ.* Sed † controverſia eſt, utrùm hæc Novella 69 tantùm pertineat ad cauſas criminales, an verò etiam ad civiles? Quorum illud voluerunt Julianus, Johannes Gloſſator, & Accurſius: quibus ſubſcripſit etiam Cujacius: repudiatâ Martini ſententiâ, exiſtimantis huic Novellæ tantùm in criminalibus locum eſſe.

PARTIS DUODECIMÆ FINIS.

PARS

Digitized by Google

PARS DECIMATERTIA NOVELLARUM EXPOSITIONIS METHODICÆ.

Continens brevem tractatum de pœnis.

PROOEMIUM.

SUMMARIUM.

Ratio ordinis, & instituti.

QUanquam non pauca ad hanc partem seu rubricam pertinentia occupavimus adferre jam anteà *parte precedente*: (Vix enim fieri potest, ut qui agit de criminibus, non simul etiam agat de pœnis eorundem: quod inde fit, quia hæc sunt inter se connexa, & ut præclarè ait Horatius, *Culpam pœna premit comes*: item, *raro antecedentem scelestum deseruit pede pœna claudo.*) tamen non temerè fit, quod etiam separatam quandam classem assignamus pœnis: Nam & Jurisconsulti & Imperatores in Pandectis & Codice proprium posuerunt titulum de pœnis, eo non obstante, quod de singulorum criminum pœnis etiam sub aliis titulis explicârunt. Hos igitur imitantes, quasdam hujus argumenti Novellas, quæ superiùs remanserunt intactæ, hîc breviter exponemus.

CAP. I.

De pœnarum fine & utilitate: Item, in quos illæ habeant locum, &c.

SUMMARIA.

1 *Locus communis de pœnis, in quos ea locum habeant. ex Nov. 60. c. 1.*

2 *De pœnarum fine & utilitate: ut sint παραδείγματα, & alios à peccando absterreant*

OBservetur † initiò locus communis de pœnis: quem attingit Imperator *in Novellâ 60. c. 1.* Ubi sic habet vetus translatio: *Qui hominis naturam non erubuit, dignus est & pecuniis, & gloriâ, & aliis omnibus condemnari*: vel ut Haloander rectiùs vertit: *quem hominis natura pudore non suffudit, is profectò dignus est, ut & in bonis & existimatione, & omnibus aliis mulctetur.* Nec dubium est quin expresserit Imperator hanc sententiam ex Platone & Cicerone. Nam similia leguntur apud utrumque. 1

Deinde † notandum de fine & utilitate pœnarum: nempe idcirco eas infligi, non ut eas irrogans magistratus vel judex pœnarum argumentis delectetur. (Nam, ut Claudianus rectè ait. *Qui fruitur pœnâ, ferus est, legumque videtur Vindictam præstare sibi.*) sed hunc potius esse finem, ut metu pœnæ eos, qui ad pec- 2

candum proclives ſunt, à peccando arceamus: ita Imperator noſter non ſolùm *in Novellis*, ſed etiam *in l. ult. in pr. C. de epiſc. & clericis*: quodq; pœnæ infligantur exempli & emendationis causâ; etiam *in Novellis noſtris alibi* traditur. Conferatur ſententia Gellii *lib. 20. c. 1.* & Tryphonini *in l. 31. bona fides. D. depoſit.* & quæ plura in hanc ſententiam cumulavi olim *in commentar. ad tit. De publ. judic.* quæ nunc non repeto.

CAP. II.

De diſtinctione & moderatione pœnarum.

Ad Nov. 134. c. ult.

SUMMARIA.

1 *Juſtiniani benignitas & humanitas, in pœnis temperandis.*
2 *Juſtinianus prohibet utriuſq; manus aut pedis abſciſſionem: itemq; diſſolutionem membrorum.*
3 *Pœna legum potiùs interpretatione molliendæ quam exaſperandæ.*
4 *Si cui amputatio manus irrogetur, nec exprimatur cuius: tùm potiùs ſiniſtræ aut debilis quam dextræ aut robuſtæ amputanda.*
5 *Tiraquelli tractatus, de pœnis temperandis.*

1 QUum † aliis ex rebus plurimis elucet inſignis humanitas ac benignitas Juſtiniani: tùm etiam in pœnis temperandis: ſive illæ ſint corporales ſeu corporis afflictivæ, ut vulgò loquimur: ſive pecuniariæ: & corporales, ſive mortem inferant: ſive non inferant mortem, ſed caſtigationem verborum ſeu fuſtigationem, & exilium, Græcè ἐξορίαν, id eſt, deportationem vel relegationem. Nam utriuſque generis pœnas eſſe mitigandas & in mediocritate conſiſtere debere, cenſet, *in c. ult. Nov.* 134. Rationem addit, quia oporteat rationem habere infirmitatis humanæ: ſive, ut vetus interpres loquitur: *quia nos oportet humani generis infirmitatem protegere.* Sed in Græco textu eſt σκοπεῖν, quod eſt potius *attendere* vel *conſiderare*: niſi fortè antiquus ille in-
2 terpres in ſuo exemplari habuit σκέπειν, quod eſt *tegere*. Moderatio † illa ſeu mediocritas pœnarum in eo cernitur quòd interdicit abſciſſionem utriuſque manus aut pedis: item diſſolutionem ſive enervationem membrorum ſeu articulorum. Quod ſi eiusmodi ſit crimen, ut membri abſciſſionem poſtulet: unam
3 duntaxat manum abſcindi jubet. Huc † pertinet inſignis ſententia Hermogeniani *in l. pen. D. de pœnis.* Pœnas legum interpretatione molliendas potius
4 quàm aſperandas eſſe. Item † ejusdem eſt loci, quod à Dd. eſt traditum: ſi cui amputatio manus irrogetur, nec exprimatur in lege vel ſentétia, utrùm dextra, an ſiniſtra, utrum debilis an arida, an robuſta & vegeta, ſit amputanda: tùm potius ſiniſtram, quàm dextram, & aridam ac debilem, quàm vegetam & robuſtam
5 debere amputari. Pertinet † quoque ad hoc caput totus tractatus Tiraquelli *de pœnis legum temperandis*: quem in hoc argumento ſæpè conſulere oportet, ſi quando tales quæſtiones incidunt.

CAP.

Digitized by Google

CAP. III.

De pœnâ furum & grassatorum.

Ad d. Novellam 134. cap. ult. junctâ Authent. Sed novo jure C. de servis fugitivis.

SUMMARIA.

1 *Discrimen inter furem & grassatorem*
2 *Grassatorum qua pœna, quæ item furum: ex N. 134. cap. ult.*
3 *Fures olim membro aliquo mutilati aut capite plexi.*
4 *Qua quis parte peccavit, eâdem & plectendus est: exemplo servi fugitivi: & notarii prohibitum instrumentum conscribentis, aut falsarii.*
5 *Fures hodiè laqueo puniuntur.*

DIligenter † discernendum est inter furem & grassatorem. Fur est 1
qui clàm aliena bona sublegit, & sine armis: grassator vel aggressor est, qui per vim bonis spoliat alium: sive id armatus faciat, sive inermis, sive domi & in urbe, sive in itinere, sive terrâ, sive mari. *d. Novell. 134. cap. ult. versic. fures autem vocamus.*

Jam † verò graviùs puniuntur grassatores, quàm fures. Nam grassatores 2
quidem Imperator hîc relinquit pœnis anteriorum legum. Furibus autem prohibet ullum ascindi membrum, aut pœnam mortis inferri. Ex † quo appa- 3
ret, irrepsisse anteà hunc morem, ut fures vel membro aliquo mutilarentur, vel etiam capite plecterentur. Alioquin enim quorsum pertinuisset ista prohibitio, aut quid opus illa fuisset? Certè ex *l. ult. D. de furtis*, discimus jam tùm Ulpiani tempore, id est, diu ante Justinianum obtinuisse, ut furti plerunque criminaliter ageretur: & pœnam illam credibile est fuisse coërcitionem corporalem: tandemque ad manus vel manuum amputationem processisse: videlicet, † ut 4
quâ parte corporis peccatum esset, eâ maximè sustineret pœnam: quemadmodũ & servo fugitivo ad barbaros fugienti, Constantinus pedem amputari voluit, si deprehensus esset, *in l. 3. C. de servis fugitivis.* Et Fridericus Imperator notario prohibitum instrumentum scribenti manum præcidi jussit, *in suâ constitutione de prohib. feudi alienatione.* Quâ in re secutus est Justinianum nostrum: qui falsario similiter manum amputari voluit *Nov. 17. & 42.* Est enim hoc velut principium tenendum: ut qua parte quis peccavit, eadem plectatur: ut etiam ex Heraclide Pontico probavi *in partit. feudal. lib. 2.* Plura de furibus eorumque pœnis alibi adferuntur.

Illud hic † penè supervacuum est admonere, Novellam nostram, quoad 5
prohibitionem pœnæ mortis in furibus, sublatam esse generali consuetudine multò maximæ partis Europæ. Obtinuit enim fures laqueo puniri: ut etiam testatur præter notoriam consuetudinem, Zasius *ad tit. Instit. de actionib.* Videatur constitutio criminalis Caroli V. quæ accuratè distinguit inter fures & furta, *artic. 157. cum 7 seq.* ubi videri potest clarissimus Remus *in paraphrasi & notis.* Adeundus etiam est Jodoc. Damhouder *in praxi rerum criminalium, maximè cap.*

Digitized by Google

110. Item Pet. Gregorius Tholosanus *in syntagm. juris universi lib. 37. cap. 1. & multis seqq.* Denique Alexander ab Alexandro. *lib. 6. genial. Dier. cap. 10.*

CAP. IV.

De pœnâ publicationis bonorum, seu confiscationis, quando ea locum habeat vel non.

Rursum ad Novell. 134. c. ult. junctâ Authent. Bona damnatorum. C. de bon. proscript.

SUMMARIA.

1 *Continuatio.*
2 *Magistratus & judices eorumque administri manus abstineant à bonis damnatorum:*
3 *Multò igitur magis à rebus furtivis vel raptis, apud fures aut raptores, cum caperentur, repertis.*
4 *Publicatio bonorum in multis criminibus, in quibus olim usurpata fuit, sublata; per Novell. 134. ac proindè multa leges ff. & C. abrogata.*
5 *An & Nov. 12. ac Novell. 17. abrogata sint, per d. N. 134.*
6 *Conciliatio Novell. 17. cap. 12. cum Nov. 134. cap. ult.*
7 *Authent. Bona damnatorum. C. de bon. proscript. ustiosâ πραξιν collateralium laborat.*
8 *Quoties Authentica discrepat à Novellâ, unde illa excerpta est: potiùs Novella quàm Authentica sequendum est.*
9 *In hæresis quoque crimine publicatio bonorum, seu confiscatio locum habet: ex constitutione Friderici II. & jure Canonico.*
10 *An etiam magorum & sortilegorum bona confiscanda sint?*

1 2 AD † mitigationem & moderationem pœnarum, de qua agere cœpimus *in nobis superioribus capitibus*, hoc quoque pertinet: † quòd bona damnatorum vel ad deportationem vel etiam ad mortem, primò prohibet Imperator non involari vel invadi à judicibus, vel magistratibus, vel horum administris, quos vulgò *officiarios* vocamus, ut ipsorum lucro cedant: sed jubet ea relinqui propinquis damnatorum. Probè hoc notandum est magistratibus & judicibus rerum criminalium: ut meminerint se manus abstinere oportere à bonis damnatorum & supplicio affectorum. Quod
3 † si à bonis ipsorum reorum propriis abstinere debent, multò utique magis abstinebunt à rebus furtivis vel raptis, quæ penes ipsos cum caperentur & carceri manciparentur, repertæ fuerint. Talia enim bona dominis suis, quibus ablata esse constat, restituenda sunt. Et quàm iniquè atque absurdè agant, qui ea bona sibi vindicant, & in suos usus convertunt, gravi invectivâ demonstrat religiosissimus Jurisconsultus Jodoc. Damhouder, *in praxi rerum criminalium c. 112. n. 52. & seq.*

4 Deindè, † cùm olim varii essent casus, quibus bona damnatorum ob aliquod crimen, confiscarentur: adeò ut non tantùm ultimum supplicium, sed etiam deportatio quælibet, secum traheret bonorum publicationem: Imperator noster hoc jus mutavit: constituens ut bona deinceps non confiscentur, sed relinquantur descendentibus vel ascendentibus, id est, liberis aut parentibus, usque ad tertium gradum: solo excepto crimine perduellionis, sive læsæ majestatis. In hoc enim gravissimo crimine confiscationem voluit habere locum, etiam si

Digitized by Google

iam si adsint liberi aut parentes, intra tertium gradum. *d. Nov. 134. c. ult.* sed quia non solùm in Pandectarum & Codicis legibus plurimis, mentio fit publicationis bonorum; quæ leges omnes per hanc Novellam sunt abrogatæ à Justiniano: sed in ipsis quoque Novellis non uno loco ea pœna confiscationis quibusdam reis irrogatur, ut illis, qui incestas nuptias contraxerint; *Nov. 12.* (quod jus etiam confirmavit Imperator Fridericus I. *in c. unic. quæ sint regalia, In usibus Feudorum in verb. bona contrahentium incestas nuptias.*) Item ei, qui posteaquam studio & voto castitatis à prima uxore divertit, deinde aut stupro se polluerit, aut aliam duxerit uxorem. (Nam huius quoque bona confiscantur, si non adsint liberi. *Nov. 17.*) Hæc † igitur, quia sic se habent, inde nata est quæstio inter 5
Dd. an *dicta Novella 12.* & *d. Nov. 17. per Novellam 134.* quæ abrogatur, atque aliàs leges Pandectarum & Codicis abrogatas esse constat. Et sanè hoc dicendum videbatur, quia *d. Nov. 134* procul dubio duabus illis est posterior. Jam verò leges posteriores derogant prioribus, *l. ult. D. de constit. princip.* & probavi pluribus *in comment. ad 12. tabb. classe secunda.* Verior tamen videtur sententia interpretum, qui putant. *dd. Novellas 12. & 17.* per *hanc nostram 134.* non esse abrogatas. Neque enim Imperator generali illa constitutione *Novellæ 134.* derogare voluit Novellis suis; sed tantùm veteribus legibus, quæ bonorum publicationem in multis & variis criminibus, ut suprà dixi, inducebant. Videatur Nicol. Boërius *Decis. 164. n. 2.* quem etiam refert ac sequitur clarissimus vir Dn. Regnerus Sixtinus amicus noster honoratissimus *in tract. de regalibus. c. 13. num. 18. & seq.* Item Cujacius in eâdem est sententiâ, *ad Novell. 12.* & *Nov. 134. in fine.* Respondet † quoque Cujacius objectioni, quæ ex *Novellâ 17 in § oportet*, nascitur. Ea enim 6
Novella vult ut bona damnatorum reserventur universæ eorum cognationi, id est, quamvis remotiores sint cognati ultra tertium gradum: cùm *Novella nostra 134.* tantùm reservet bona propinquis usque ad tertium gradum: & quidem non omnibus propinquis; sed tantùm his, qui sunt in lineâ descendentium vel ascendentium, id est, liberis & parentibus: ulteriores verò excludat, & locum faciat fisco. Respondet, inquam, Cujacius huic ἐναντιοφανεῖ, *Novellam 17.* habere locum in illis criminibus, quibus nominatim non est irrogata bonorum publicatio: in aliis, quæ specialiter publicatione bonorum plectuntur, eam non obtinere. In hac solutione Dn. Cujacii equidem nihil magnopere desidero: veruntamen eam improbat præceptor meus Dn. Fachinæus *lib. 1. controvers. juris. c. 35.* ac præfert sententiam Fr. Aretini, qui voluit, intentionem Imperatoris *in d. Novella 17. §. oportet*, illam esse: quod si agatur de crimine non capitali, sed tamen eius modi quod dignum sit pœnâ aliquâ corporali, tunc non debeat judex pœnam corporalem commutare in pecuniariam seu mulctam, quâ ipsi auferat bona: Item quod non debeat post sumptum supplicium adhuc etiam bona Rei attingere, atque ita successione privare propinquos, qui ad succedendum à lege vocantur. Si secus fieret, atque à successione excluderentur propinqui, tunc viderentur puniri, qui non deliquerunt: quod est absurdum & contra *l. 22. sancimus. C. de pœnis. & l. 26. crimen. D. eod. tit.* Atque huc pertinet, quod ait Imperator non bona, sed bonorum possessores delinquunt. *d. §. oportet. Nov. 17.*

Sed

Digitized by Google

7 Sed ei, † quòd dictum est suprà, descendentes & ascendentes qui sunt usque ad tertium gradum, præferri fisco in successione, obstare videtur, quod *in d. Auth. bona damnatorum* etiam adduntur illi, qui ex latere. Ergo non tantùm liberi & parentes intra tertium gradum videntur admittendi & fisco præferendi: verùm etiam fratres & cæteri transversales, qui sunt intra eundem tertium gradum. Ac tametsi ita sentiunt communiter veteres Dd. quos refert Julius Clarus *lib. 5. sent. in § fin. quæst 78.* tamen verius est, fratres cæterosq; cognatos ex latere usque ad tertium gradum non admitti, nec fiscum excludere. Nam cùm in ipsâ *Novellâ 134.* nullum extet verbum de illis, qui à latere veniunt, sed tantum agatur de descendentibus & ascendentibus usque ad tertium gradum: nihil profectò causæ habuit Irnerius, cur suæ Authenticæ illam clausulam in-
8 farciret, quæ in fonte non extat. Hoc † enim pro regulâ tenendum est, quotiescunque discrepat Authentica aliqua in Codice à Novellâ ex quâ sumpta est: toties magis standum esse Novellæ, quàm Authenticæ. Etenim in discrepantiâ originalis, ut loquimur, sive Authentici, à transumpto vel exemplo; potior adjungenda est fides originali, quàm transumpto seu copiæ, ut vulgò loquimur: originalia enim sola probandi vim habent, non exempla. *l. 2. D. de fide instrument.*

9 Dixi † etiam suprà, in solo crimine læsæ Majestatis, hodiè obtinere jus vetus de confiscatione bonorum, etiam eo casu, quo extant liberi & parentes. *l. quicquis. 5. C. ad L. Iuliam Majest. cum simil.* Sed huic obstat *Authent. Graves. C. de hæretic.* Item *cap. Ad abolendam. & cap. vergentis, Extra. de hæretic.* ub etiam propter crimen hæreseos bona confiscari jubentur, quamvis extent liberi, qui à successione parentum excluduntur. Respondeo: Hoc non esse ex jure Justinianeo, sed ex recentioris Imperatoris Friderici I. I. & ex Pontificum sanctionibus. Rationem verò hujus juris, cur, inquam etiam hæreticorum bona debeant confiscari, exclusis liberis, Imperator hanc reddit: quia longè sit gravius æternam, quàm temporalem offendere Majestatem: quasi dicat Fridericus, si ergò non obstantibus liberis confiscantur bona damnatorum læsæ majestatis, qui quid adversus principem, ejúsve salutem vel imperium machinati sunt: multò magis idem statuendum est in eos qui divinam Majestatem læserint, pravis de Deo opinionibus ac sententiis fovendis pertinaciter: id quod hæretici faciunt, &c.

10 Porrò † circa eandem *Authent. bona damnatorum*, & *Nov. 134.* quam nunc explicamus, quæsitum est, an etiam confiscanda sint bona maleficorum, id est magorum & sortilegorum? Quâ de re verior est sententia negativa: quam probat Dn Fachinæus *lib. 9. controvers. juris c. 87.* ubi ad extremum subiicit distinctionem inter crimen maleficii, quod conjunctum est vel admixtum hæresi, & quod est, sine hæresi: item inter maleficum pœnitentem & hæresin abjurantem, & inter impœnitentem sive pertinacem, ut ibi pleniùs videri potest.

CAP.

CAP. V.

De inquisitione facinorosorum per ipsos judices, non per latrunculatores, vel βιοκωλύτας faciendâ.

Ad Novell. 8. cap. 13. Interdicimus: & Novell. 128. cap. 21. jubemus, &c.

SUMMARIA.

1 *Olim facinorosi, non per judices, sed per latrunculatores, λῃστοδιώκτας & βιοκωλύτας dictos inquirebantur.*
2 *Quod mutavit Justinianus, Nov. 8. & 128.*
3 *Ratio mutationis.*
4 *Pœna transgressorum.*
5 *Inquisitiones non ritè administratæ multum mali pariunt.*
6 *Quid moribus nostris circa hanc rem observetur?*

VSu † receptum erat ante Justinianum & ejus Novellas, ut in provinciis homines facinorosi, verbi gratia, qui latrocinia, violentias, rapinas rerum aut mulierum, aliáve crimina commisisse arguerentur: nō per ipsos judices inquirerentur, & ad supplicia raperentur: sed per alios latronum insecutores, qui à Græcis λῃστοδιώκται appellantur, à Juliano *in Epitome Novellarum, Latrunculatores*, item per βιοκωλύτας, quos vetus Interpres vertit, *violentiæ inhibitores*, qui ad vim & impressiones ac deprædationes arcendas mittebantur. Sed † hunc morem, tanquam Reipublicæ pernicio- 2
sum, sustulit Justinianus, per *Nov. 8. & 128.* sanciens, ut judices, sive illi sint civiles, sive militares, deinceps ipsi per se requirant reos & suppliciis afficiant legitimis. Ratio † mutati juris est: ne per tales occasiones, ampliores violentiæ 3
provincialibus inferantur: quasi dicat Imperator, ne ab hoc genere hominum, provinciales sub specie juris opprimantur: ut antè à mirum in modum opprimi solebant. Interest igitur Reipublicæ ne mittantur λῃστοδιώκται: ne mittantur βιοκωλύται: sed ipsi potiùs præsides sive judices his partibus fungantur: cùm quidem ipsorummet religio ac diligentia omnibus istiusmodi curis sufficere possit: quorum etiam jurisdictionem in talibus causis nemo potest declinare. Addit † quoque Imp. pœnam ferè triplicem transgressoribus irrogandam: 4
1. est, cinguli ademptio, id est, privatio dignitatis, sive officii, cujus symbolum erat ac nota cingulum. 2. mulcta decem librarum auri: quæ p[illegible]requenta est in jure Justinianeo, ut aliàs monui. 3. relegatio vel exilium, p[illegible]nta, & confiscationem substantiæ: ubi per *tormenta* intelligo verboru[illegible]ationes, seu, ut vulgò appellant, fustigationem: per *confiscationem substanti*[illegible]tur non totorum bonorum publicatio accipienda esse, sed tantùm mulcta illa decem librarum auri. Nam si tota substantia, sive omnia bona publ[illegible]centur, quorsum opus est seorsim nominari decem librarum auri mulctam, quam quidem non habebit unde soluat, cui omnia bona sunt adempta? 5

Digitized by Google

5 Notandum † est ex his Novellis, quæ quantaque mala oriantur ex inquisitionibus non ritè administratis per homines malis cupiditatibus deditos, quod ipsa sæpè experientia docuit, nobilissimas provincias, etiam nostrâ, patrumque memoriâ, dum non tàm zelo, & amore justitiæ, aut religionis, quàm ad explendam avaritiam & crudelitatem ac libidines, susceptæ fuerunt inquisitiones. Cautè igitur, & prudenter, & religiosè, in hac omni re sibi versandum esse, meminerint præsides & principes: ne fortè sub prætextu juris, pietatis, & religionis, cupiditatibus suis velificentur, animoque morem gerant, néve zelus in scelus convertatur.

6 Postremò † de moribus nostris notandum, persecutiones facinorosorum rarissimè per ipsos judices fieri solere: sed per ipsorum officiales & ministros: qui plerunque homines bonæ opinionis eliguntur: additis lictoribus, qui facinorosos comprehendant: ut ita huic Novellæ quodammodo derogatum sit per contrariam consuetudinem.

CAP. VI.

De pœnâ eorum, qui vel ægrotantibus & animam agentibus, vel reliquiis defunctorum, quos sepultura prohibent, injuriam faciunt, sub prætextu crediti consequendi.

Ad Novell. 60. & Authent. Item qui domum. C. de sepulchr. viol. junctâ Novellâ 115. *cap.* 5. *& Authent. sed neque. eod. tit.*

SUMMARIA.

1 *Avaritia radix omnium malorum.*
2 *Consuetudo olim inhumanissima quâ creditores debitoribus lethaliter decumbentibus imminere, & defunctos sepulturâ prohibere solebant; crediti sui consequendi causâ.*
3 *Quid adversus hanc consuetudinem constituerint Severus, Marcus, Justinus?*
4 *Quid Justinianus?*
5 *Quid Novellâ* 60?
6 *Quid Novellâ* 115. *cap* 5?
7 *Defuncta μνημόσυνα, sive justa, in nonum diem persolvi solita.*
8 *Cur hoc argumentum, hac in parte* 13. *tractetur.*

1 Finis † verè dicta est Avaritia *radix omnium malorum.* Nam, ut alia mala prætermittam, illud non est postremum, quòd ex homine
2 humanitatem omnem tollit, & immanem quandam & crudelem facie luiam. Hoc † ex illâ quoque perspicitur omnis humanitatis experte consuetudine; quâ solebant acerbi creditores, nec animam quidem agentibus debitoribus parcere: imò nec à defunctis vim abstinere: quasi de corio illorum sibi persolvi postularent. Nam & lethaliter decumbentibus imminere solebant importunissimi exactores crediti: ingredientes in domos debitorum

torum ſine autoritate judicis; & ſignacula bonis imponentes: & [illegible] peliri, eique juſta perſolvi prohibebant, quoad ſuum fuiſſent co[illegible] quo barbaro more conqueritur etiam S. Ambroſius *in libro de Tobia cap. 10.* [illegible] ritò † igitur legislatores ei ſe oppoſuerunt, eumque tollere ſtuduerunt, propoſitis pœnis aliis atque aliis. Primùm enim Severus generali edicto vetuit: ne corpora defunctorum detineantur aut vexentur. *l. 3. §. non perpetuæ. D. de ſepulchr. violat.* Secundò; Imperator Marcus (quem *philoſophiſſimum* alibi vocat Imperator) decreto ſuo cavit; ut qui per vim exegiſſet creditum, jus crediti amitteret, & inſuper tertiâ parte bonorum mulctatus, fieret infamis. *l. pen. D. Ad L. Iuliam de vi privat junctâ l. ult. eod. tit. & l. ſed & partus 12. §. ult. & l. ſeq. extat D. quod metus cauſa.* Tertiò; Juſtinus, pater adoptivus & avunculus Juſtiniani, leviorem pœnam conſtituit, *in l. ult. C. de ſepulchri violatione.* Quartò † tandem ſupervenit Juſtinianus qui hac de re duabus Novellis cavit: primùm ſexageſimâ: ſecundo, centeſimâ decimaquintâ *cap. 5.* In † priore Novellâ conſtituit, ut non tantùm jus crediti amitterent tales debitores, & tertiâ bonorum parte mulctarentur, & infamiâ notarentur, ſicut anteà: verùm etiam, ut heredibus defuncti injuriâ tali affectis alterum tantundem præſtare cogerentur. Poſteriore † Novella hoc amplius jubet, ut per novem dies à morte debitoris ſuſtineatur omnis exactio cognitióve adverſus eius heredes: nec ulla cuiquam hoc nomine adhibeatur moleſtia. Quicquid enim interea factum fuerit, hoc ipſo jure nullum eſſe vult. *d. Nov. 115. c. 5. & Auth. Sed neq; ante novem dies. C. de ſepulchri violatione.*

1 2 3 4 5 6

Hîc † notandum eſt, defunctis μνημόσυνα, ſive juſta in nonum diem perſolvi ſolita fuiſſe: non ſolùm inter paganos, ſed etiam inter Chriſtianos, qui hunc morem à paganis acceptum retinuerunt. Videatur Cujacius *in libro de Temporibus cap. 6. & ad d. Novell. 60.* Item Johan. Kirchmannus *in libris de funer. Roman.*

7

Poterant † hæc etiam ad finem partis primæ *de jure ſacro* referri: ubi de religione ſepulchrorum & funerum: ſed quia tot pœnæ ſunt huic delicto conſtitutæ, non incommodè feciſſe videor, quod ad tractatum pœnarum, explicationem harum Novellarum rejeci.

8

CAP. VII.

De pœnis Eccleſiaſticis.

Ad Novell. 123. cap. 11. omnibus, &c.

SUMMARIA.

1 *Pœna alia Eccleſiaſtica alia civiles.*
2 *Nemo ante exitum cauſæ excommunicandus: & quæ pœna ſecus facientium, ex Nov. 123. cap. 11?*
3 *Nullus ſacerdos, vel epiſcopus, alium manu ſuâ percutiat.*
4 *Epiſcopus ſacerdotio pulſus, ſi relicto loco in quo juſſus eſt commorare præſumpſerit ingredi civitatem ex qua pulſus eſt, in monaſterium detrudatur.*
5 *Detruſio in monaſterium, genus pœnæ ſatis frequens in conſtitutionibus Juſtiniani.*

Digitized by Google

pœnarum † aliæ sunt Ecclesiasticæ, (sicut etiam delicta) aliæ Civiles: & harum aliæ paganicæ, aliæ militares. De pœnis Ecclesiasticis, & harum generibus, ac gradibus, dixi suprà *parte* 1. quæ hic non repetam. Illud † tantùm observetur *ex Novellâ 123. cap. 11.* neminem

2 ante exitum causæ excommunicandum esse. si quis autem Episcopus aliquem præmaturè contra sacros Canones excommunicârit, vult Imperator ita excommunicatum absolvi posse à majore, vel superiore sacerdote; (si scilicet petat absolutionem) excommunicantem verò debere ipsum excommunicari, ut quod injustè fecit, justè sustineat: quemadmodum eleganter ait Imperator. Quæ est etiam species quædam talionis, de quâ suprà dixi.

3 Præterea † vetat Imperator, ne quis Episcopus vel sacerdos, aliquem suis manibus percutiat. Hoc enim alienum esse ait ab ipsius personâ & munere. Quibus verbis procul dubio respexit ad sententiam D. Pauli; dicentis, Episcopum non debere esse πλήκτην, id est, percussorem.

4 Ad hæc † jubet Episcopum sacerdotio pulsum, si relicto loco, in quo jussus est commorari, præsumpserit ingredi civitatem, ex qua pulsus est, debere in monasterium detrudi *d. Novell. 123. cap. 11. vers. si quis autem Episcopus.*

5 Ubi † notandum, detrusionem in monasterium esse genus pœnæ satis frequens in Constitutionibus Justiniani: ut suprà quoque vidimus *in parte præced.* cum de pœnâ mulieris adulteræ diceremus. Sed simul meminisse oportet, longè rigidiorem olim fuisse monasteriorum regulam & vivendi rationem.

Atque hæc nunc de pœnis sufficiant: quibus & alia, si qua fortè prætervisa ex Novellis collecta, deinceps adiici poterunt.

PARTIS DECIMÆTERTIÆ FINIS.

PARS DECIMAQVARTA

NOVELLARUM EXPOSITIONIS METHODICÆ.

Quâ ea, quæ de re militari agunt, collectæ explicantur.

PROOEMIUM.

SUMMARIA.

1 *Legibus & armis instructum esse principem oportet: ut utrumq; tempus & bellorum & pacis, rectè possit gubernare.*

2 *Ideoque rectè etiam in iure nostro de re militari agitur.*

3 *Quæ Novellæ huc pertineant.*

Celebre

CElebre † est illud de officio boni principis effatum *in Prœm. Instit.* 1
debere eum, utrumque tempus & bellorum & pacis, rectè gubernare: ideoque ut hoc possit, tàm armis, quàm legibus instructum esse oportere. Hæ enim duæ res sunt, quibus Romana Respublica mirum in modum amplificata est & crevit: leges & arma: sive scientia juris & armorum, reique militaris: ex quibus lex regit, arma tuentur: &, ut alibi Imp. ait, ex hoc gemino stipite respublica dependet: quod latiùs exposui *ad proœmium Instit.* Agnovit hoc etiam sulpitia doctissima Poëtria; cùm in satyrâ de iniquitate temporum Domitiani, ad hunc modum cecinit:

——— *Duo sunt, quibus extulit ingens*
Roma caput: Virtus belli, & sapientia pacis.

Quocirca † rectè Imperator noster, qui non solùm in Pandectis & Codice 2
itulum, *de re militari* posuit; sed etiam in Novellis quædam de armis & horum tractatione sanxit. Pertinent † autem ad hoc argumentum istæ potissimum 3
Novellæ 17. 33. 36. 85. 116. & 130. quibus hanc partem penultimam destinavimus.

CAP. L

Quinam potissimùm de re militari scripserint.

SUMMARIA.

1 *Polybii liber de militiâ & castrametatione Romanorum, laudatus: in eumq; commentarii Lipsii, &c.*
2 *Vegetii & aliorum, de re militari opuscula, à Petro Scriverio in unum volumen congesta & edita.*
3 *Onosandri strategicus: nunc tum Vrbicii inventio.*
4 *Auctores recentiores, qui hoc argumentum tractarunt.*

MOre meo faciam, ut initio hujus partis, commemorem eos, qui de rebus ad militiam pertinentibus, aliquid sunt commentati.

In † his meritò familiam ducit Polybius Megalopolites, insignis 1
historicus & politicus, qui Scipionis Africani familiaris fuit. In eius librum *de limitiâ & castrametatione Romanorum*, commentarium scripsit Justus Lipsius: deindè suos libros πολιορκητικῶν subjunxit, *sive de machinis bellicis*. Expectamus etiam in eundem Polybium à Clarissimo viro Casaubono uberem cómentarium. Primus autem libellum istum, qui est particula quædam ex *lib. 6. Histor. Polyb.* Latinitate donavit, Andreas Janus Lascaris, Exul nobilissimus Græcus.

Deinde † habeatur in manibus viri Illustris Flavii Vegetii Renati Comi- 2
tis, libri quinque *de Re militari*, cum commentario doctissimo Godescalci Stewechii, & Notis, Fr. Modii Brugensis amici nostri piæ memoriæ. Habentur quoque Sexti Julii Frontini viri consularis, libri quatuor, στρατηγημάτων, *sive de solertibus factis & dictis ducum*: illustrati & emendati conjectaneis eiusdem Stewechii, & notis Fr. Modii. Exstant etiam Claudii Æliani τακτικὰ, *sive de*

instruendis aciebus more Græcorum: quem librum Theodorus Gaza vir doctissimus, exul Græcus, ex Græco Latinum fecit. Exstat etiam Julii Hygini, qui familiaris fuit Quintiliano, *Gromaticus, sive liber de castrametatione.* Extat Anonymi *de rebus bellicis* liber, scriptus ad Imp. Theodosium, eiusque filios, Honorium & Arcadium, Cæsares. Exstat libellus Modesti ad Tacitum Augustum *de vocabulis rei militaris:* in quo omnia ferè ad verbum ex Vegetio descripta sunt. Exstant Ruffi *Leges militares 65.* quas ex Græcis Latinè transtulit Joh. Leunclavius, vir nobilis, & de Jurisprudentiâ ac Historia optimè meritus. Quæ opuscula omnia uno volumine complexus est amicus noster doctissimus Pet. Scriverius, & ante biennium Lugduni Batavorum in lucem emisit.

3 His † accedat Onosandri *strategicus, sive de Imperatoris institutione* liber, quem ante annos 60. primus de Græco in Latinum sermonem convertit, doctiss. Joachimus Camerarius & inscripsit Lazaro Schwendio: eiusque filius Joachimus Camerarius Medicus Noribergensis, vir optimus, & summus noster, dum vita Deusque sinebant amicus, Norimbergæ post mortem patris edidit; sed Græcum opus cum nova sua versione & notis varusq; lectionibus publicavit Nicolaus Rigaltius Parisiis Anno 1599. inscriptum regi Christianissimo Henrico IV. Idem Rigaltius primus Græcè & Latinè eodem volumine edidit, Urbicii ἐπινόημα, hoc est, inventum sive commentum ingeniosum, quo pedites Romani possint equestres barbarorum copias debellare.

Atque hi fere sunt, vetustiores scriptores rei bellicæ, quos mea nanciscipotuit adhuc bibliotheca. Sequuntur † recentiores aliquot: ut Henricus
4 Ranzovius, prorex Cimbrorum, qui sex libros *de re militari* scripsit & Francofurti edidit, ante annos sedecim. Item Henricus Savilius Anglus, cuius libellum *de militiâ Romanâ* ex Anglico in Latinum fecit, clarissimus & præstantissimus vir, Dn. Georg Michaël Lingelsheimius, Consiliarius Electoris Palatini. His accedant Lazari Schwendii de hoc eodem argumento Germanicè scripti libri: nec non Fronspergii eâdem linguâ confecti commentarii. Accedant quoque Joh. Sturmii Consilia *de bello in Turcam rectè administrando,* data Maximiliano & Rudolpho, Divis Imperatoribus, quæ deindè publicavit Nicolaus Reusnerus. Accedant denique aliorum scripta eiusdem argumenti, quæ ex Italicis latina fecit ediditque nobilissimus vir Jacobus Geuderus.

Omittimus hîc illos, qui vel olim, vel recens aliquid scripserunt *ad tit. D. aut. C. de re militari,* omittimus item tractatus singulares Jurisconsultorum quorundam, *de Monomachiâ,* Item *bello & duello;* ut Andreæ Alciati, Henrici Boceri, & aliorum: Item qui aliquid commentati sunt *de testamento militari, aliisq; militum privilegiis:* quæ & multa & magna sunt, diligentissime pertractata à Claudio Coteræo Jurisconsulto Gallo. Atque hæc hactenus de catalogo præcipuorum autorum rei militaris.

CAP.

Digitized by Google

CAP. II.

De præceptum militare unum & alterum.

Ad Novell.17.& 33.&c.

SUMMARIA.

1 *Præſides,dùm provinciam circumeunt,eorumque officiales & milites,ſuis annonis ac ſtipendiis contenti ſunt: provinciales ſumptibus vel angariis ne oneranto.*
2 *Milites patrocinia ne ſuſcipiunto: alienas lites ne redimunto.*
3 *Milites à fœneratione agricolarum abſtinento.*
4 *Pœna transgreſſorum.*
5 *Milites opponuntur privatis.*

INprimis † occurrit illa Juſtiniani ſaluberrima conſtitutio *in Nov.* 1
17 ut præſides, dum provinciam circumeunt, eorumque officiales & milites, ſuis annonis ac ſtipendiis contenti ſint: neque onerent provinciales ſumptibus vel angariis: quod etiam repetitur *Novellâ 128.* Qua in re derogatur Novellæ Majoriani *de Curialibus:* ut rectè obſervavit Cujacius. Ibidem † aliud traditur præceptum, ne milites patrocinia ſuſci- 2
piant, néve redemptores fiant alienarum litium, ſive ἐριολαβοι: de quo plenius videri poteſt Cujacius *libro 8. obſervat. cap. 31.* Ratio eſt, ne milites hac ratione avocentur à ſignis; & in munere ſuo, quod ipſorum proprium eſt, impediantur: magno cum detrimento Reipublicæ: pro cujus utilitatibus excubare & laborare unicè milites debent. Aliud † præceptum militibus traditur *Nov. 33.* 3
ut & ipſi, non minùs quam privati, & provinciales, abſtinerent à fœneratione agricolarum, qua ipſorum terrulas ſive agellos, ſibi acquirant: pro pauxillo frumento omnem illorum ſubſtantiam retinentes, omnibusque eos fortunis evertentes. Subiicitur † ſanctio in transgreſſores, ut ſcilicet cingulo mili- 4
tari denudati ſive ſpoliati, in privatorum claſſem redigantur. Ubi † inpri- 5
mis notanda eſt illa oppoſitio, qua milites opponuntur privatis, de qua etiam Bartol. *ad d. Nov.*

CAP. III.

De jure poſtliminii.

Ad Novell. 36.

SUMMARIA.

1 *Poſtliminii ius quid ſit?*
2 *Novella 36. poſtliminii ius Afris concedit.*

NOtum † eſt vel ex ipſis Inſtitutionibus, quid ſit jus poſtliminii: nempe quo quis ex captivitate hoſtium reverſus in civitatem, recuperat omnia priſtina jura; de quo latiùs *ſub tit. D. de captiv. & poſtlim. reverſ.*

Digitized by Google

reverſ. & tit. C. de poſtlimin. reverſ. & redempt. ab hoſtibus. Ad † hoc igitur argumentum pertinet Novella 36. quâ cavetur, ut Afri poſt liberatam à Vandalis Arrianis Africam, quam illi diu inſederant, magnæ crudelitatis exempla in eâ edentes adverſus orthodoxos ut, inquam, in ſuam patriam, & ad bona priſtina revertantur intra quinquennium, ſalvâ tamen triginta annorum præſcriptione. Idem quoque conſtituit Imperator de Italiâ, poſteaquam pulſis ex eâ Gothis liberata fuit. Sed cùm hæc Novella ſit topica & ſpecialis, non eſt operæpretium diutiùs in ea immorari. Obſervari poteſt ſaltem propter hiſtoriam illorum temporum: de qua conſulatur etiam *l. 1. & 2. C. de officio præfecti prætorio Africæ, & de omni eiusdem diœceſeos ſtatu.* item procopius Cæſarienſis *in libris de bello Vandalico*: & victor uticenſis *de perſecutione Africæ*.

CAP. IV.

De armis & eorum jure: nec non de Fabricenſium ſcholis & militiis.

Ad Novell. 85.

SUMMARIA.

1 *Armorum uſus ut in Republ. ſit rectus ac legitimus, boni legislatoris eſt providere.*
2 *Armorum appellatione, quid veniat?*
3 *Fabricarum & fabricenſium ordinatio. & unum. ſ.*
4 *Privatis hominibus armorum fabricatione, imò & emptione & uſu interdictum.*
5 *De Magiſtro officiorum.*
6 *Moribus noſtris quid circa hanc rem obſervetur.*

1 RE Oni † legislatoris eſt, providere, ut rectus ac legitimus ſit in Republ. uſus armorum, nèvè quidvis cuivis in armorum uſurpatione permittatur. Nam promiſcuo armorum uſu conceſſo, quis non videt aperiri feneſtram ſeditionibus, tumultibus, conſpirationibus, rerum novarum molitionibus, cædibus, aliisque graviſſimis incommodis & ma-
2 lis atque periculis. Armorum † autem appellatione, iſta omnia veniunt: arcus, ſagittæ, conti, lanceæ, ſcuta, caſſides ſive galeæ, ſpathæ, id eſt, gladii majores, ſemi ſpathæ ſeu gladii femorales, zabæ, id eſt, loricæ zibini, id eſt, miſſibilia quæ-
3 dam venabula *d. Nov. 85. & ibi Cujacius pag. 279.* Huc † igitur pertinuit diligentiſſima illa ordinatio fabricarum & fabricenſium: de quibus paſſim *in Cod. tribus poſterioribus libris*: ubi videndus Cujacius. Erant autem varia genera fabricarum, adeoque novem recenſet Cujacius *ad hanc Novellam 85.* nempe, armorum, ſcutorum, clibanorum, ſagitterum, loricarum, arcuum, ſpatharum, haſtarum, & balliſtarum. His præfecti vocabantur *fabricenſes*: qui quidem in certas ſcholas erant diſtributi. Solis autem fabricenſibus, jus erat fabricandi arma,
4 conceſſum ipſis ab Imperatoribus. Privatis † hominibus ſicut non licebat habere-

habere ferrarias, sive ferrifodinas. *l. ult §. magnus. D. de publ. & vectig.* ita nec arma fabricare: imò ne quidem emere licebat à fabricensibus vel eorum deputatis. Quod si privati arma emissent, hæc emptoribus auferebantur, non reddito pretio. Tantùm parvæ macheræ privatis permittebantur, quippe quæ non essent ex numero armorum bellicorum. Mittebat † autem Magister officiorum, (sub cujus dispositione erant fabricenses) chartularios, sive scriniarios quinque, qui ex scrinio fabricarum creabantur, periculo quinque primorum scrinii: mittebat, inquam, hos Magister officiorum, ut conquirerent eos, qui privatim arma fabricarent, eisque arma, quæ fecissent, erepta, vindicarent fisco. Deindè iidem publicis fabricis deputare debebant artifices idoneos armorum: adhibitâ confirmatione principis, & juratam cautionem exigere à magistratibus, apparitoribus, defensoribus, & patribus civitatum: qui promitterent, se curaturos, ne quid contra constitutionem Justiniani admitteretur. Ipsi autem fabricenses nova, quæ fabricassent arma, statim reponere cogebantur in armamentario publico, cujus cura atque inspectio erat penes patres civitatum, qui etiam aliorum operum publicorum curam habebant. De his omnibus (quæ historiam illorum temporum & curæ armorum continent, hodiè verò non per omnia in usu sunt, exemplum tamen præbere possunt ad imitandum pro cujusque loci ac regionis conditione) videri potest pleniùs, differens, eruditissimus Cujacius, *ad hanc Novellam 85.* §

De † hodiernis moribus circa usum armorum, res est notissima, eos mitificè variare, pro ingeniis populorum & regionum varietate: Nam alibi liberior est armorum usus & pleris que concessus: alibi gestatio & tractatio armorum aut planè interdicta, aut certè non quovis tempore, nec cuivis permissa: ut noruntilli, qui in Italiâ, aliisque regionibus, ubi pleraque suspicionibus plena sunt, peregrinantur: quæ de re alibi latiùs. 6

CAP. V.

De interdictâ militibus privatorum negotiorum administratione.

Ad Novell. 116.

SUMMARIA.

1 *Milites & foederati nullo modo debent privatis utilitatibus occupari: & quinam appellentur foederati.*
2 *Qui milites aut foederatos in suis domibus vel possessionibus detinent ad proprias utilitates procurandas; eos dimittere iubentur.*
3 *Pœna transgredientium.*
4 *Militem facit relatio in numeros.*

1 CUM † hoc ſit officium militum & fœderatorum (fœderatos autem eos vocamus populos, qui Imperii Romani Majeſtatem comiter conſervantes, ſocietatem ei præſtant, ex fœdere) ut pro libertate & commodis Reipublicæ contra inimicos certent, & hujus commoda augeant, barbarorum verò impotentiam refrenent & coërceant: nullo modo debent privatis utilitatibus occupari. *Novell. 116. in proœmio & c. 1. in fine.*

2 Sed † quia hoc officium ſuum ſæpè & milites & fœderati negligebant ac pervertebant: Imperator juſſit, ut quicunque in ſuis domibus aut poſſeſſionibus milites detinerent, ad proprias utilitates procurandas ſive implendas; eos intra menſem à die inſinuatæ conſtitutionis hujus computandum, dimitterent atque expellerent. Sanctionem, † id eſt, pœnæ irrogationem adjecit

3 tàm in habentes, ac retinentes quàm in ipſos milites ac fœderatos retentos, quam denique in judices. In habentes quidem ac retinentes; ſive in eos, qui militum vel fœderatorum operâ in ſuis prædiis negotiis ve uterentur, publicationem bonorum, & privationem dignitatis ac militiæ, ſi quam haberent: In milites verò ac fœderatos, exautorationem ſive militiæ privationem, ultimum què ſupplicium, id eſt, pœnam capitis, ut rectè interpretatur Cujacius ex *l. ultimum ſupplicium. D. de pœnis.* Denique in judices conniventes, qui non pertrahunt violatores ad legitimas pœnas, nec milites ad ſuos numeros, fœderatos verò ad optiones remittunt, pœnam decem librarum auri, & exilium Huic autem ſanctioni nihil omninò Imperator derogari vult: neque per typum, ſive formam aliquam ſacram principis; neque per præcepta judicum fortè prolata, quò minùs & milites numeris ſuis & fœderati optionibus propriis remittantur.

4 Notandum † hîc, militem facere relationem in numeros; ſive tunc demùm aliquem verè militem eſſe incipere, poſteaquàm in numeros relatus eſt. Milites enim certos ſuos numeros habent: fœderati erant ſub optionibus. Cujac. *hîc ad Nov. 116. & plenius ad Nov. 22.* De optionum ſignificatione paulò aliâ dicetur infrà *cap. proximo.*

CAP. VI.

De tranſitu militum.

Ad Novell. 130.

SUMMARIA.

1 *Militum tranſitus ut ſit innoxius, & ſine maleficio, Reipublicæ valdè intereſt.*
2 *De eo egregia conſtitutio Juſtiniani, in Novell. 130. adde num. 13.*
3 *Delegatores de annonâ militari copiis proſpiciant: optiones annonam exigent: & recanta faciant.*
4 *Recantum quid ſit?*
5 *Recantorum, ſeu apocharum illarum finis & uſus*
6 *Quid ſi nulla facta ſint recanta?*
7 *Annona præbeatur militib. ea quæ in unoquoque loco*

que loco invenitur: non exotica.

8 *Transitus occasione provinciales aut civitates nullâ onerentur exactione; vel introitu, quem vocabant.*

9 *Ἀναγγειρὶς adaratio est, non concussio exacta pecunia.*

10 *A provincialibus civitatibusve nihil exigatur ad redimendam foenam deducendi apud eos exercitus: sub gravi pœnâ.*

11 *Milites non principales adium partes occupent: sed eas dominis sive inquilinis finant.*

12 *Pœna transgressorum.*

13 *Novellam 130. hodiè ubivis locorum observari, operæpretium esset.*

14 *Remissio ad auctores alios.*

MAximopere † interest Reipublicæ, ut innoxius sit militum transitus, sive ut miles sine maleficio proficiscatur, quemadmodùm Historici loqui cõsuerũt, & subjecti omni ex parte illæsi atq; indênes custodiantur. Huic † ergo rei certum modum Imperator statuit *N.* 130. ut omnimodò consulatur, provincialium indemnitati. Sunt autem hujus Novellæ hæc præcipua capita quæ sequuntur. 1 2

Primùm † vult, ut tempore expeditionis certi quidam sint delegatores, 3 quibus annona militaris curæ sit, sive qui copiis militaribus provideant: (hi delegatores alio nomine etiam *legatarii* dicebantur, rarâ significatione huius vocabuli) ut item sint optiones hoc est, tales, qui erogent ac dividant annonas magistris militum & militibus, quique pro salario sive solatio accipiant decimam quintam portionem copiarum: Item, ut optiones faciant recauta. hoc est, ut apochas dent collatoribus annonæ militaris, eorum nomine, quæ expenderint. Notandum † est hîc, *Recautum* esse quandam speciem apochæ, & inter 4 se opponi *cauta* & *recauta*: sicut opponuntur inter se, *pignorare*, & *repignorare*, id est, pignus dissolvere, seu luere. Et *cauta* pro syngraphis seu chirographis usurpavit Corippus historicus & poëta, *lib. 2. de Iustino Minore, propè finem*: quem locum addo iis, quæ eruditissimè observavit Cujacius ex Augustino & Suidâ. Finis † autem & usus istarum apocharum, seu recautorum, quæ ab optionibus dantur, is est: ut ex illis constare possit, quantum contulerint possessores (scilicet prædiorum) in annonam militarem: eiusque ratio deinde habeatur in pensione tributorum, quæ fisco debent: ipsisque deducatur: ut tantò minus præstent fisco, quantò plus in annonam militarem prærogarunt: vel, ut id reddatur ex communi canone totius provinciæ, vel ex mensâ seu arcâ præfecti prætorio illius diœceseos: vel denique, ut retineatur ab ipsis collatoribus in futuræ indictionis sive proximi tributi illationem. Neque enim permittendum est, ut milites bona possessorum seu collatorum gratis absumant. Quid † si 6 nulla facta sint recauta, sive nullæ tales apochæ datæ? Et hoc casu permittitur collatoribus ab Imperatore, ut curent acta confici, vel apud judicem loci & episcopum conjunctim: vel apud hunc solum, si nullus sit eius loci judex; vel apud defensorem civitatis: in quibus actis annotetur, quis & quanto cum exercitu transitum fecerit, & quantum ipsi in annonam militarem expenderint. Hujusmodi acta parem eandemque vim probationis obtinebunt cum ipsis recautis seu apochis, si datæ essent.

7 Porrò † ad annonæ militaris qualitatem, illud pertinet: ut militibus ea præbeantur ſpecies, quæ in unoquoque loco inveniuntur: ſive fructus ibi nati, & ut Græci vocant παράσημα ἔπιχώρια, ſive εἴδη ἐπιχώρια. Neque enim audiendus eſt miles adeò delicatus: qui poſtulet ſibi præberi quædam exotica, quæ in illâ provinciâ non reperiantur: ideoque ſubditis damnum aliquod inferre velit.

8 Præterea † prohibet Imperator, ne quid omninò præfecti, ſeu principes militiæ, vel diaſoſtæ, hoc eſt, qui exercitum deducunt, vel milites exigant à provincialibus, vel civitatibus occaſione tranſitus. Cumque uſitatum eſſet, ut milites à ſubditis ſeu provincialibus aliquid exigerent nomine introitus: Juſtinianus hoc correxit, adeò ut etiam ipſum vocabulum *Introituum* ſublatum eſſe voluerit, tanquam ſcilicet rei iniquiſſimæ. Exacta verò vel accepta hoc nomine in duplum reſtitui juſſit.

9 Notandum † hìc eſt in Græco textu vocabulum ἀπαρχεσμῶ, quod etiam extat *in Novella* 43. & vertendum eſt per *adorationem*: ut docet Cujacius; reprehendens veterem interpretem, qui non rectè verterit, *concuſſionem exacta pecuniæ.*

10 Ad hæc † vetat Imperator ne principes militiæ vel diaſoſtæ, vel delegatores, in tranſitu mittant ad alias civitates, vel poſſeſſiones, vel prædia: fingentes, quaſi ibi tranſiturus vel manſionem facturus eſſet exercitus: qui tamen aliâ viâ eſt reverà tranſiturus: néve hoc nomine aliquid pecuniæ ab hominibus extorquere auſint, ad redimendam, ut vulgò loquimur, vexam. Quod ſi fecerint: illi quidem, qui aliquid eo nomine expenderint, omninò indemnes præſtari jubentur: ſed qui exegerint duplum reſtituere coguntur. Cujacius hunc locum paulò aliter accipit: dum ait: *coercentur etiam præſides provinciarum, qui cum ducibus paciſcuntur & agunt, ut itinere devio per diverſas civitates exercitus evagetur*: quod tamen Imperator mihi non videtur velle; ſed id potiùs, quod dixi. Prometatores verò, hoc eſt, qui præmittuntur ad denunciandum tranſitum, & ſupplicium & exilium ſuſtinere jubentur. Et meritò? Eſt enim hæc ſpecies quædam concuſſionis.

11 Metatis † autem, hoc eſt, hoſpitiis, quæ militibus deſtinata ſunt, Imperator hunc præfigit modum, ut non auſint milites occupare principales ædium partes (Imperator vocat τὰς αὐθεντικὰς διαίτησεις: Die fürnembſten Gemächer: quas vult reſervari dominis vel inquilinis.) ſed ut contenti ſint milites aliis diætis ſeu cœnaculis. Nam hac quoque in re nimis eſſe delicatos milites non oportet: memores videlicet ſui nominis, quod à militiâ hoc eſt duritiâ & laborum patientiâ acceperunt. Conferatur *l. 2. C. de Metatis, lib. 11.*

Quæ hucuſque de militibus atque exercitibus Romano Imperio ſubjectis, cavit Imperator; eadem etiam ſervari vult in fœderatis ac ſociis Imperii Romani.

12 His † omnibus tandem ſubiicitur ſanctio ſeu pœnarum irrogatio) in violatores hujus conſtitutionis. Pœnæ aliæ atque aliæ ſunt pro diverſitate pœnarum ac delictorum: Nam delegatores hanc ſuſtinent pœnam quod in duplum conve-

Digitized by Google

conveniuntur: Metatores qui etiam prometatores dicuntur, & supplicium, id est, castigationem verborum vel fustigationem, & exilium subire coguntur: præfecti sive exarchi, tribuni, comites, & quivis alii duces exercitus, privationi cinguli subduntur: (Ita enim vetus interpres rectè vertit, πτῶσιν τῆς ἀρχῆς, id est, remotionem ab officio) & hoc amplius, confiscationi & exilio.

Hæc † de illâ insigni & admodum salutari constitutione: quam operæpre- 13
tium esset, hodiè quoque ubivis locorum observari: cùm constet sæpissimè hodiernos milites non sine maleficio per regiones transitum facere. Conferri † debent cum hac Novellâ quæ annotavit doctissimus Gulielmus Fornerius 14
ad Cassiodori varias formulas: item Justus Lipsius, Henricus Ranzovius, & alii, qui de re militari scripserunt.

Atque hæc hactenus de re Militari, quatenus in Novellis nostris ea attingitur.

FINIS PARTIS DECIMÆ QUARTÆ.

PARS DECIMAQVINTA

ET ULTIMA.

NOVELLARUM EXPOSITIONIS METHODICÆ.

De jure fisci & vectigalibus: Item, de operibus publicis: & similibus, &c.

SUMMARIA.

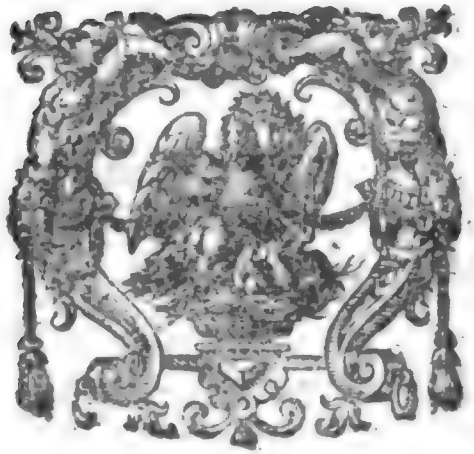
1 *Jura fisci, & vectigalia, & opera publica, pars sunt juris publici.*
2 *Quæ Novellæ de iis agant.*
3 *Remissio ad auctores alios.*

Sicut hunc tractatum à jure publico exorsi sumus ante sesqui annum: ita nunc in eodem terminabimus: Nam † & jura fisci & vectigalia & opera publica &c. partem esse juris publici, nemo non agnoscit. De † his igitur agunt Novellæ quas subiicio, si non per totum saltem aliquo sui capite: ut *Nov. 17. 63. 87. 88. 128. cap. ult. 147. 148. 163. 166. 168.* Etsi † autem de his singulis nonnihil adhuc paucis lectionibus commentari poteram: tamen cum explicatio earum ex Cujacio peti possit, & ex aliis, quos annotavit Del Rio, & Brossæus *in Miscellaneis sive remissionibus*: cùmque de jure

fisci extent pleni tractatus: Cujacius quoque *in operibus posthumis*, totum titulum *de jure fisci* in Pandectis exposuerit: præstat ad hos scriptores remittere: & hîc nostram operam terminare, cum bono DEO: cujus infinitæ bonitati & clementiæ gratas gratias agimus & persolvimus: qui nobis in hujus qualiscunque operis confectione adfuerit suâ gratiâ: eique colophonem addi permiserit.

Finis hujus tractatus.

DEO SOLI GLORIA.



Digitized by Google

713

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LEGATORIA A. PANCIMIGLIO
1971
ROMA

Digitized by Google